

AVHENDINGSLOVEN § 3-2 ANNET LEDD

Forskriftsmangler

Kandidatnr:

Veileder: Amanuensis Trygve Bergsåker

Leveringsfrist: 25. april 2003

Til sammen 17876 ord

11.06.2003

Innholdsfortegnelse

1	<u>AVHENDINGSLOVENS § 3-2 (2) – INNLEDNING OG HOVEDREGELEN</u>	1
1.1	INNLEDNING	1
1.1.1	TEMA OG PROBLEMSTILLINGER	1
1.1.2	AVGRENSING OG OPPBYGNING	2
1.2	RETTSKILDER OG METODE	4
1.2.1	LOVTEKST	4
1.2.2	FORARBEIDER OG ETTERARBEIDER	4
1.2.3	RETTSPRAKSIS	5
1.2.4	ØVRIGE RETTSKILDEFAKTORER	5
1.3	HOVEDREGELEN I AVHENDINGSLOVENS § 3-2 (2) FØRSTE PUNKTUM	6
1.3.1	FORBRUKERKJØP	6
1.3.2	ØVRIGE VILKÅR.	8
1.3.2.1	Offentligrettslige krav	8
1.3.2.2	Tidspunktet for mangelsvurderingen	10
1.3.2.3	Subjektivitet og kausalitet?	13
1.3.3	RETTSVIRKNINGER.	13
1.3.4	BEVISBYRDEN	14
1.3.5	OPPSUMMERING AV HOVEDREGELEN	15
2	<u>UNNTAKSREGELEN I § 3-2 (2) ANNET PUNKTUM</u>	17
2.1.1	INNLEDNING	17
2.1.2	KORT OM UNNTAKETS ANVENDELSE	17
2.1.3	DEN NÆRMERE PROBLEMSTILLING – UTGANGSPUNKTER OG DEFINISJONER	18
2.1.4	BESTEMMELSENS FORHISTORIE	20
2.1.5	RETTSKILDEBILDET PÅ OMRÅDET	22
2.1.5.1	Ordlyden	22
2.1.5.2	Forarbeider.	23
2.1.5.3	Rettspraksis	24
2.1.5.4	Etterarbeider	26
2.1.5.5	Rimelighetsbetraktninger og juridisk litteratur	28
2.1.6	OPPSUMMERING OG KONKLUSJON	29

<u>3</u>	<u>FRAVIKELIGHET – OG FORHOLDET TIL ANDRE BESTEMMELSER I AVHL.</u>	
KAP 3.		32
3.1	AVTALEFRIHET	32
3.2	GENERELLE FORBEHOLD – EIENDOMMER KJØPT ”SOM DEN ER”	33
3.2.1	AVHENDINGSLOVEN § 3-9	33
3.2.2	FORSKRIFTSMANGLER OG FORHOLDET TIL ”SOM DEN ER”- KLAUSULER.	
	PROBLEMSTILLINGEN	35
3.2.3	RETTSKILDENE PÅ OMRÅDET	35
3.2.3.1	Lovens ordlyd	35
3.2.3.2	Forarbeider og etterarbeider	36
3.2.3.3	Rettspraksis	39
3.2.3.4	Forsikringsskadenemndas praksis	50
3.2.3.5	Reelle hensyn	51
3.2.3.6	Juridisk teori	52
3.2.4	OPPSUMMERING OG KONKLUSJON	54
3.3	KJØPERS UNDERSØKELSESPLIKT ETTER AVHL. § 3-10.	56
<u>4</u>	<u>HOVEDFUNNENE I OPPGAVEN – OPPSUMMERING</u>	58
<u>5</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	59

1 Avhendingslovens § 3-2 (2) – innledning og hovedregel

1.1 Innledning

1.1.1 Tema og problemstillinger

Temaet for oppgaven er en drøftelse av avhendingsloven § 3-2 (2).

Lov av 3. juli 1992 nr. 93 om avhending av fast eiendom, heretter avhendingsloven, (forkortet avhl.), regulerer rettsforholdet mellom kjøper og selger ved kjøp og salg av fast eiendom. Rettsområdet var tidligere regulert gjennom sedvanerett og regler utledet gjennom rettspraksis. Kjøpsloven gjelder ikke for slike salg, se kjøpsloven av 4. mai 1907 nr. 2 § 2 tredje ledd, og kjøpsloven av 13. mai 1988 nr. 27 § 1 (1) tredje punktum. Det samme gjelder den nye forbrukerkjøpsloven¹. Likevel har både den tidligere sedvanerett og den någjeldende avhendingslov store likhetstrekk med kjøpsloven og nå forbrukerkjøpsloven. Særlig gjelder dette avhendingsloven kap. 4 til 7. For avhendingsloven kap. 3, som jeg skal konsentrere meg om, uttales det i Innst. O. nr. 71 (1991-92) side 6 at departementet legger vekt på en samordning av reglene i avhendingsloven med de tilsvarende i løsørekjøpsloven. Avhendingsloven er således en del av de moderne kontraktsrettslige lovene, så som bustadoppføringslova² og håndverkertjenestelova³ mfl.

Avhendingsloven kapittel 3 gir regler om hvordan salgseiendommen skal være, om mangler og tilbehør m.m. Ansvarsforholdet hvis den aktuelle eiendommen ikke er i samsvar med ”offentligrettslege krav...stilt i lov eller medhald av lov”, ofte kalt forskrifts- eller lovlighetsmangler, reguleres i avhl. § 3-2 (2). I kjøpsloven av 1988 var den tilsvarende bestemmelsen tidligere å finne i § 17 (3). En endring fulgte ved vedtagelsen av forbrukerkjøpsloven⁴. Denne loven inneholder nå en bestemmelse om forskriftsmangler i § 15 (2) litra f). For fast eiendom finnes det en rekke slike

¹ Jf. Lov av 21. juni 2002 nr. 34 § 2 (2) litra a)

² Lov av 13. juni 1997 nr.43

³ Lov av 16. juni 1989 nr. 61

offentligrettslige krav, for eksempel brannforskrifter eller forskrifter om standard på elektriske anlegg. Å bygge i samsvar med slike krav, samt å opprettholde dem, kan være kostnadskrevende. Det vil derfor være av økonomisk betydning hvordan ansvaret fordeles.

Bestemmelsen blir ofte påberopt for domstolene, enten som en selvstendig innsigelse, eller sammen med de øvrige mangelsbestemmelsene i avhl. kap. 3. Avhendingsloven kan synes å ha gjort forbrukerkjøper mer oppmerksom på de rettigheter han har, og dermed gjort det lettere å forfølge mangelsinnsigelser rettens vei. Det gjør at det finnes mye tingsrettspraksis og lagmannsrettspraksis på området. Foreløpig er ingen saker angående avhl. § 3-2 (2) avgjort av Høyesterett.

Det knytter seg noe usikkerhet til hvordan bestemmelsen skal tolkes og brukes. Det er særlig to problemstillinger som reiser seg i forhold til avhl. § 3-2 (2). Den første gjelder tolkningen av unntaksbestemmelsen i avhl. § 3-2 (2) annet punktum. Spørsmålet er om dens krav til ”sakkunnskap” får innvirkning på når hovedregelen i første punktum kan komme til anvendelse. Nærmere presisert er spørsmålet om hovedregelen kan brukes når både kjøper og selger er privatpersoner, og dermed ikke har ”sakkunnskap”, se mer om dette i punkt 2.

Den andre problemstillingen gjelder forholdet til avhl. § 3-9. Spørsmålet er om ”som den er” ansvarsfraskrivelse etter denne bestemmelsen slår igjennom overfor lovlighetsmangler etter avhl. § 3-2 (2). Denne problemstillingen behandles i punkt 3.2.

Jeg ble selv oppmerksom på bestemmelsen under et arbeidsopphold hos et advokatfirma hvor jeg fikk ansvaret for en sak som nettopp gjaldt forholdet mellom avhl. § 3-2 (2) og avhl. § 3-9. Det er de to ovenfor nevnte problemstillingene denne oppgaven vil ha som sitt kjerneområde, selv om hele bestemmelsen også vil bli kommentert.

1.1.2 Avgrensing og oppbygning

Avhendingslovens generelle anvendelsesområde fremgår av avhl § 1-1. Bestemmelsen bestemmer hvilke former for avhendelse og hvilke objekter som faller inn under loven.

⁴ Lov av 21. juni 2002 nr. 34

Loven gjelder privatrettslige disposisjoner over fast eiendom jf § 1-1 (1) første punktum. Tvangssalg og arv faller utenfor. Objektet for loven er bebygget og ubebygget grunn, medregnet er også alt som er varig forbundet med grunnen. Bestemmelsen gir videre en oppregning av rettsområder som faller innenfor (jf avhl. § 1-1 (1). tredje punktum), og områder som ikke reguleres av loven se § 1-1 (2). Også andre bestemmelser i loven er med på å avgrense dens virkeområde. I tillegg vil andre lover være med å bestemme avhendingslovens virkeområde.

Jeg kommer ikke nærmere inn på lovens generelle virkeområde, da dette vil ta for mye plass i forhold til de problemstillinger jeg har valgt å konsentrere meg om. Leseren henvises for mer informasjon, til lovteksten og juridisk litteratur⁵.

Avhendingsloven § 3-2 (2) kan fravikes ved avtale jf § 1-2(1) og § 1-2 (2). I den følgende drøftelsen forutsettes det at ingen avtale, verken ved en generell- eller spesifikk ansvarsfraskrivelse, om å fravike lovens regler er blitt inngått. Jeg kommer tilbake til denne avtalefriheten i oppgavens punkt 3.

Oppgaven skal konsentrere seg om avhl. § 3-2 (2). Anvendelsesområdet for denne bestemmelsen kommer jeg nærmere inn på i punkt 1.3. Det som blir sagt om andre bestemmelser tar ikke sikte på å være en fullstendig fremstilling. Jeg tar heller ikke sikte på å foreta en fullstendig drøftelse av hva som er å betrakte som en mangel etter avhendingsloven⁶.

Punkt 1 av oppgaven vil ta for seg hovedreglen i avhl. § 3-2 (2) første punktum. Jeg vil her greie ut om bestemmelsens anvendelsesområde, vilkår og rettsvirkninger. Deretter følger en diskusjon av unntaksregelen i avhl. § 3-2 (2) annet punktum i punkt 2. Oppgavens punkt 3 tar for seg avtalefrihet og forholdet til andre bestemmelser i avhl. kap. 3, da særlig ”som den er”- klausuler etter avhl. § 3-9.

⁵ Se Bergsåker, Trygve. *Kjøp av fast eiendom med kommentarer til avhendingsloven* 3. utg. Oslo 2000. og Rognlien, Stein ”*Avhendingslova. Kommentar til lov om avhending (kjøp og slag) av fast eiendom*” Oslo 1998.

⁶ For en fullstendig drøftelse se f. eks Bergsåker, Trygve. *Kjøp av fast eiendom med kommentarer til avhendingsloven*. 3. utg. Oslo 2000.

1.2 Rettskilder og metode

I oppgaven vil det tas utgangspunkt i lovens ordlyd, for deretter å trekke inn andre rettskildefaktorer. Her følger en oversikt over de relevante rettskildefaktorene for oppgaven.

1.2.1 Lovtekst

Avhendingsloven utgjør det naturlige utgangspunkt for drøftelsen. Ordlyden i avhl. § 3-2 (2) byr på noen tolkningsspørsmål som ikke kan løses ved tolkning av denne alene, mens andre spørsmål løses klart av dens naturlige forståelse. Andre lover vil også bli trukket inn i drøftelsene, da særlig kjøpsloven av 1988 og forbrukerkjøpsloven fra 2002. Disse lovene vil i stor grad bli benyttet som sammenligningsmateriell.

1.2.2 Forarbeider og etterarbeider

Relevante forarbeider til avhendingsloven er; NOU 1979: 48, Ot. prp. nr. 66 (1990-91) Om lov om avhending av fast eiendom (avhendingslova) og Innst. O. nr. 71 for 1992-91. Disse vil i særlig grad bli trukket inn for å klargjøre bestemmelsene i lovens ordlyd og hva som var formålet med dem. Sammen med lovteksten og rettspraksis vil disse til dels være den viktigste rettskilden i denne oppgaven. Forarbeider blir generelt lagt vekt på ved tolkningsprosessen, og blir ofte henvist til i domsavgjørelser. Bakgrunnen er særlig at de gir uttrykk for lovgivers vilje og et ønske om ensartet tolkning. I tilknytning til denne oppgaven ser vi imidlertid at det i de forskjellige forarbeidene er noe motstrid og at enkelte problemstillinger ikke er kommentert. Det betyr at den vekten som normalt kan tillegges disse kan bli noe redusert.

I tillegg vil forarbeidene til forbrukerkjøpsloven (lov av 21 juni 2002 nr. 34), Ot. prp. nr. 44 (2001-2002), bli trukket inn som etterarbeider, særlig ved drøftelsen av unntaksreglen i avhl. § 3-2 (2) annet punktum. Det har vært en teoretisk drøftelse om hvorvidt etterfølgende utsagn fra lovgiverhold skal karakteriseres som en rettskilde. Det er imidlertid på det rene at slike uttalelser kan bli tillagt betydning ved tolkningen av en lov selv om de ikke inngår i dens forarbeider, og selv om de kommer etter at loven er vedtatt⁷, jf for eksempel Rt 1991 s. 74. Spørsmålet blir hvilken vekt de skal tillegges i

⁷ Se Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*. 5. utg. ved Jan Helgesen. Oslo 2001, side 95 flg.

forhold til de øvrige rettskildene. Dette kommer jeg tilbake til under de ulike drøftelsene.

Videre har jeg også sett på forarbeidene til kjøpsloven § 17 (3), Ot. prp. nr. 80 (1986-1987). Forarbeidene til avhendingsloven henviser selv til disse.

1.2.3 Rettspraksis

Rettspraksis i tilknytting til denne oppgaven vil i første rekke være lagmannsrettsavgjørelser. Høyesterett har ikke direkte tatt stilling til noen av de problemstillingene oppgaven dreier seg om. Generelt har lagmannsrettens avgjørelser langt fra så stor autoritet som Høyesterett. Her er vi imidlertid på et område hvor det sjelden ankes videre til Høyesterett. Det betyr at slike avgjørelser kan få større betydning her enn på andre rettsområder. Særlig tungtveiende er det hvis flere dommer peker i samme retning. Selv om det ikke finnes flere avgjørelser på området, vil slik praksis uansett gi viktige innspill i tolkningsprosessen.

De fleste dommene til denne oppgaven er funnet ved hjelp av søk på Lovdata. Problemet med å bruke dommer funnet etter slike søk er at en ikke kan være sikker på at alle relevante avgjørelser blir funnet. Dette vil avhenge av hvordan en søker og hvordan søkemonitoren virker. Jeg kan derfor ikke utelukke at det finnes dommer som burde ha hatt en plass i drøftelsene mine. Dette vil kunne svekke de slutninger som eventuelt kan utledes gjennom disse.

1.2.4 Øvrige rettskildefaktorer

Øvrige rettskilder vil i første rekke være reelle hensyn og juridisk litteratur. I tillegg vil også utenlandske kilder til en viss grad bli trukket inn.

Den juridiske litteraturen som er blitt benyttet er i første rekke bøker og artikler. Det henvises her til litteraturlisten. Slik litteratur vil i første rekke bli benyttet som utgangspunkt for egne drøftelser. Mye av litteraturen har ikke tatt opp i seg den nye rettspraksisen. Det er derfor grunnlag for å supplere det som tidligere er blitt skrevet. Andre ganger benyttes litteraturen som en selvstendig rettskilde i vurderingen sammen med de øvrige kilder. Det er her særlig snakk om standpunkter og argumenter brukt av den enkelte forfatter. Juridisk litteratur kan være en relevant rettskilde. Hvordan denne

rettskilden vektet eller brukes vil jeg komme tilbake til i den enkelte drøftelse. Den vil normalt ikke ha avgjørende vekt for konklusjonen.

Rimelighetsbetraktninger eller reelle hensyn spiller en stor rolle på dette området. Avhendingsloven utgjør en del av forbrukervernet. Forbrukerinteresser, hensynet til den svakere part, vil derfor komme inn ved vurderingene. I tillegg vil øvrige hensyn som hensynet til retts tekniske enkle regler og harmonisering av de ulike kontraktslovene være av interesse.

I tilknytning til hensynet til harmonisering vil det i noen grad bli trukket veksler på EU-direktiver og annen nordisk rett. Det er på det rene at også utenlandske rettskilder kan være relevante ved drøftelsen av en norsk bestemmelse⁸. Siden slike kilder vil spille en beskjeden rolle i mine drøftelser, vil det her være å gå for langt å trekke inn en generell gjennomgåelse av forholdet mellom norsk rett og utenlandsk rett.

1.3 Hovedregelen i avhendingslovens § 3-2 (2) første punktum

1.3.1 Forbrukerkjøp

Paragraf 3-2 (2) første punktum lyder:

”Ved forbrukerkjøp som nemnt i § 1-2 tredje ledd skal egedomen vere i samsvar med offentlegrettslege krav som er stilt i lov eller i medhald av lov, og som gjaldt for egedomen på den tida då avtala vart inngått.”

At disposisjonen er å anse som et forbrukerkjøp er inngangsvilkåret for å bruke bestemmelsen. Forbrukerkjøp er definert i lovens § 1-2 (3). Etter en lovendring i 2002 lyder bestemmelsen slik:

”Med forbrukerkjøp er meint kjøp av egedom når kjøparen er ein fysisk person som ikkje hovudsakleg handlar som ledd i næringsverksemd.”

Den tidligere lovtekst krevde at eiendommen hovedsakelig var til personlig bruk.

Endringen kom etter innføringen av lov om forbrukerkjøp, se lovens § 68 nr. 8.

I forbrukerkjøpslovens forarbeider, Ot.prp. nr. 44 (2002-2002) punkt 3.4.4.2.10, går

⁸ Jf. Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*. 5. utg. ved Jan Helgesen. Oslo 2001 side 286 –292 og 313-332.

juristdepartementet inn for en definisjon på bestillersiden som bare omfatter fysiske personer. Hva som skal kreves fra selgersiden tas det ikke stilling til der.

Lovens ordlyd krever en vurdering av kjøperen. Noen tilsvarende vurdering kreves ikke av selgeren. Typiske forbrukerkjøp vil være kjøp av boligeiendom eller fritidseiendom. Det må i hvert tilfelle foretas en totalvurdering av hva eiendommen skal brukes til, og det kreves at eiendommen ikke hovedsakelig skal brukes i næring. Vanskelige grensetilfeller vil typisk oppstå ved kjøp av fritidseiendom, som både skal brukes av familien og som utleieobjekt. Anskaffelse av småbruk kan også skape grensesituasjoner. Spørsmålet blir om eiendommen er anskaffet hovedsakelig til bruk i næring, eller om driften fremstår som en mindre betydelig biinntekt⁹, og det er kjøperens personlige bruk som er det sentrale.

Det kan også diskuteres om et kjøp av eiendom som kun har til formål å gi kjøperen en gevinst ved senere salg, spekulasjonskjøp, er å anse som forbrukerkjøp. Slik definisjonen tidligere var utformet var dette klart ikke omfattet, men etter endringen som følge av forbrukerkjøpsloven, synes nå også slike kjøp å kunne bli omfattet av forbrukerkjøpsdefinisjonen. Det går frem av forbrukerkjøpslovens forarbeider at definisjonen utformet på denne måten utgjør en viss utvidelse av forbrukerbegrepet, og at visse yrkesanskaffelser og visse former for investeringskjøp blir omfattet¹⁰. Denne problemstillingen vil jeg ikke komme nærmere inn på i denne oppgaven.

Det avgjørende ved vurderingen er ikke salgsobjektets art, men det vil være et viktig moment hvis en er i tvil om kjøperen her har handlet hovedsakelig til bruk i næring.¹¹ Under drøftelsen av unntaksregelen i § 3-2 (2) annet punktum kommer jeg tilbake til utformingen av forbrukerkjøpsdefinisjonen, jf særlig punkt 2.1.4.

⁹ Se RG 1997 s. 358, hvor retten legger vesentlig vekt på at formålet var å skaffe familien et bosted.

¹⁰ Jf. Ot. prp. nr. 44 (2001-2002) side 35.

¹¹ For en bredere vurdering av når det foreligger et forbrukerkjøp se; Bergsåker, Trygve. *Kjøp av fast eiendom med kommentarer til avhendingsloven*. 3. utg. Oslo 2000. side 59 til 68.

1.3.2 Øvrige vilkår.

I det følgende vil lovens øvrige vilkår bli kommentert. Disse må alle være oppfylt for at kjøper kan påberope seg lovlighetsmangelen overfor selger. Utgangspunktet for drøftelsen er lovens ordlyd.

1.3.2.1 Offentligrettslige krav

Eiendommen skal være i samsvar med ”offentligrettslige krav”, det vil si krav med hjemmel i lovgivningen. Slike krav kan følge direkte fra loven, fra forskrift gitt med hjemmel i lov, eller direkte av individuelle pålegg på bakgrunn av lovbestemmelse. Klart utenfor faller dermed privatrettslige krav. Forarbeidene nevner for eksempel krav i medhold av nabolovgivningen og negative private servitutter¹².

Når det gjelder hvilke offentligrettslige krav som er omfattet, gir en naturlig tolkning av ordlyden ikke grunnlag for noen begrensning av hva slags krav som er aktuelle.

Ordlyden gir ikke annen avgrensning enn at kravet må gjelde for eiendommen. Krav som ikke regulerer noen sider ved fast eiendom skal derfor ikke benyttes. Forarbeidene bruker selv en vid definisjon ved å knytte offentligrettslige krav til eiendommens tilstand eller egenskaper. Som eksempel på slike krav nevnes i forarbeidene generelle krav til ”tryggleik og standard”. Proposisjonen nevner videre krav til elektrisk anlegg, røropplegg, brannsikring og eiendom solgt uten brannvarslingsutstyr. I tillegg nevnes endringspålegg etter plan og bygningsloven¹³. Dersom lovgiver ønsket å begrense bestemmelsen, til for eksempel kun å gjelde sikkerhetskrav, slik det er gjort i håndverkertjenesteloven § 6, må en regne med at det ville inngått i lovteksten eller i alle fall i forarbeidene.

Det er uenighet om denne tolkningen. I en artikkel i tidsskriftet Juristkontakt¹⁴ argumenterer advokat Jan Tennøe (er oppgitt som Tennoe i artikkelen i Juristkontakt) for at bestemmelsen ikke skal gjelde for rene eller typiske byggetekniske mangler selv om manglene medfører at bygningsforskriftene er overtrådt. Han mener det vil bero på

¹² Ot.prp.nr.66 (1990-91) side 80 høyre spalte.

¹³ Ot.prp.nr.66 (1990-91) side 80 høyre spalte.

¹⁴ Juristkontakt, Årg. 35 nr. 1 (2001) side 32 til 35.

tilfeldigheter om en byggeteknisk mangel også rammes av en forskrift. Tennø mener å finne støtte for denne tolkningen i lovens forarbeider.

Våre någjeldende forskrifter har ikke har tatt opp i seg alt som ut fra en bygningskyndig vurdering må anses å være en mangel. Lovgiver gjør et valg av hvilke tekniske bestemmelser som er hensiktsmessige å gi i lov eller forskrift. Dette kan virke tilfeldig ved anvendelsen av avhendingsloven § 3-2 (2), men en må legge til grunn at lovgiver har gjort et bevisst valg når det bestemmes hvilke krav som skal gjøres offentligrettslige. Øvrige påståtte mangler kan uansett vurderes etter de andre bestemmelsene i avhl. kap. 3.

Etter min vurdering kan ordbruken ”eiendommens tilstand og egenskaper” fra forarbeidene ikke tolkes innskrenkende til ikke å gjelde rene/typiske byggetekniske krav. Et byggeteknisk krav vil typisk si noe om hvilken tilstand eiendommen skal være i eller hvilke egenskaper den skal tilfredsstillere. I RG 1997 s. 1293 (Agder) konkluderer lagmannsretten i samsvar med dette standpunktet, med å si seg enig i at avhl. § 3-2 (2) ikke er avgrenset til visse slag offentligrettslige krav. Her var det snakk om krav etter drikkevannsforskriften. Det samme fremgår av Agder lagmannsretts avgjørelse av 15. august 1997.¹⁵

I tillegg nevnes at det i den danske ”Lov om forbrugerbeskyttelse ved erhvervelse af fast ejendom m.v.” § 2 stk 4, finnes en tilsvarende bestemmelse. Dens henvisning til ”offentligrettlige forskrifter” gjelder blant annet bygningsregelverk, brannlovgivningen, sunnhetslovgivningen, miljølovgivningen og planlovgivningen. Formålene den skal ivareta er både slike som har betydning for naboer og bydanning som sådan, i tillegg til å sikre bygningens anvendelighet for brukeren. Altså forskjellige byggetekniske regler om konstruksjon.¹⁶ Dette støtter det tolkningsresultat at ”offentligrettslige krav” etter den norske bestemmelsen heller ikke er avgrenset til spesielle typer krav.

¹⁵ LA-1996-01433.

¹⁶ Jf Hjortnæs, Lars ” *Lov om forbrugerbeskyttelse ved erhvervelse af fast ejendom m.v. med kommentarer*” 1997, side 59 til 64.

1.3.2.2 Tidspunktet for mangelsvurderingen

Eiendommen skal være i samsvar med de krav som gjaldt for denne på det tidspunkt ”då avtala vart inngått”. Loven stenger imidlertid ikke for å avtale at eiendommen også skal tilfredsstille nye krav¹⁷. I en upublisert lagmannsrettsdom, LE-2000-00985, uttaler lagmannsretten seg om denne vurderingen:

”Det følger av avhendingsloven § 3-2 (2) første punktum at eiendommen ved forbrukerkjøp har mangel hvis den ikke er i samsvar med de offentligrettslige krav som *gjaldt for eiendommen på avtaletidspunktet*. Avgjørende er om rommene i kjelleren, slik de fremsto som innredet og brukt til på salgstidspunktet, tilfredsstilte de regler som gjaldt for denne bruken på dette tidspunkt.” (min utheving)

Det var altså her den faktiske bruken som ble avgjørende. Er rommet brukt til soveværelse på avtaletidspunktet, må det også være i samsvar med de krav byggforskrifter og annet stiller til slik bruk og som gjaldt på avtaletidspunktet. I RG 2001 s. 1113 gjentar lagmannsretten at den faktiske bruken er avgjørende:

”Når rommene er innredet og brukt til beboelse ved kjøperens besiktigelse av eiendommen, må kjøperen kunne påberope seg bestemmelsen når det viser seg at de offentligrettslige kravene til beboelsesrom ikke er oppfylt.”

Det gjøres videre klart i begge dommer at dersom selgeren vil unngå mangelsinnsigelse etter § 3-2 (2), må han gjøre det klart for kjøper at rommene ikke tilfredsstiller kravene *før* avtale inngås. At kjøperen har besiktiget eiendommen, og er klar over dens faktiske tilstand, er heller ikke avgjørende så lenge han ikke var oppmerksom på at tilstanden var i strid med offentligrettslige regler¹⁸.

Hva som er å anse som avtaletidspunktet må tolkes i samsvar med avhl. § 2-1; når avtalen er bindende mellom partene. Dette må avgjøres på bakgrunn av alminnelig avtalerett¹⁹.

¹⁷ Se Ot. prp. nr. 66 side 81 første spalte.

¹⁸ Jf. RG 2001 s. 1113.

¹⁹ Se Woxholth, Geir. *Avtaleinngåelse ugyldighet og tolkning*. 4 utg, 2 oppl Oslo 2002. Del II, særlig kap. 2 om avtaleinngåelse etter avtalelovens regler.

Videre må den aktuelle offentligrettslige bestemmelsen *gjelde for eiendommen*. Her må det sees på de krav som gjaldt da eiendommen ble oppført, og de krav som er kommet etterpå, men likevel skal gjelde for eiendommen. For rom som *fremstår* som beboelsesrom, så vi ovenfor at de må tilfredsstille kravene til dette på avtaletidspunktet. Utgangspunktet for eksempel for det elektriske anlegget er at det skal være i samsvar med de krav som gjaldt når eiendommen ble bygget med mindre det er holdepunkter for noe annet. Poenget er at kravene må gjelde for den aktuelle eiendom.

I det følgende vil typiske offentligrettslige krav i henhold til avhl. § 3-2 (2) gjennomgås, for å gi en kort oversikt over hvilke krav det kan være snakk om, og hva som skal til for at disse gjelder i det enkelte tilfelle.

Den første type krav, er krav som følger direkte av lov eller forskrift. Plan- og bygningsloven (forkortet pbl)²⁰ § 70 gir for eksempel krav om godkjenning fra kommunen av bygningens plassering. Pbl. § 75 og § 76 gir pålegg om vannklosett og tilleggsrom. Det stilles også krav i "Forskrift om krav til byggverk og produkter til byggverk" som har hjemmel blant annet i pbl. §§ 6, 77 og 81. I tillegg til sentrale forskrifter kan også hver enkelt kommune utarbeide sine egne lokale forskrifter tilpasset deres forhold. Som eksempel kan nevnes vedtekter til bygningsloven for Vestvågøy kommune hvor det til bygningsloven § 82 er bestemt i punkt 4 at; "Taktekking skal utføres med tekkingsmaterialer som har en matt eller mørk virkning."

Det må kreves at loven eller forskriften gjelder for eiendommen. Det er viktig å være klar over at kravene kan endre seg over tid, og at det ikke er påbudt at eiendommen til enhver tid må oppdateres for å tilfredsstille disse. Helt sikkert er det i forhold til § 3-2 (2) at en må forvente at boligen er i samsvar med de krav som var i kraft da den ble bygget, med mindre det var blitt gitt dispensasjon fra reglene på oppføringstidspunktet. Etterfølgende strengere krav trenger normalt ikke tilfredsstilles. Ved oppussing eller påbygg må imidlertid nye regler følges. I LB-1998-01887²¹ ble det ansett som en forskriftsmangel at de nye forskrifter ikke ble fulgt da baderommet ble rehabilitert. I

²⁰ Lov av 14. juni nr.77 1985.

²¹ Borgarting lagmannsrett dom av 25. oktober 1999.

tillegg hender det at nye lover eller forskrifter gis tilbakevirkende kraft. I Innst. O. nr. 71 (1991-92) side 6 uttaler komiteen at hvis;

”...myndighetene av sikkerhetsmessige grunner har funnet det nødvendig at forskrifter om elektriske installasjoner skal gjelde for alle eiendommer, vil det være en mangel dersom en eldre eiendom ikke oppfyller disse sikkerhetskravene.”

Selger kan altså bli ansvarlig etter offentligrettslige krav som blir gitt etter at boligen ble bygget.

Avhl. § 3-2 (2) omfatter i tillegg krav gitt ved individuelle pålegg. Her er det avgjørende om pålegget ble gitt før eller etter avtaleinngåelsen. Hålogaland lagmannsretts avgjørelse 3. oktober 2000²² illustrerer dette. Kjøper hevdet at eiendommen hadde en forskriftsmangel fordi eiendommen ikke var tilknyttet offentlig anløp i henhold til plan- og bygningsloven § 66. Lagmannsretten tolket imidlertid forskriften slik at eldre utslipp er lovlige så lenge kommunen ikke har gitt pålegg etter bestemmelsen. Her var det gitt et offentlig pålegg *etter* at avtalen ble inngått. Forholdet falt således utenfor avhendingsloven § 3-2 (2)²³.

Hvis kravet følger av både lov og pålegg, vil det normalt ikke være av betydning om pålegget kom etter avtaleinngåelsen. Krav som følger av lovbestemmelsen er bindende selv om det ikke er gitt et individuelt pålegg for den aktuelle eiendommen.²⁴

Lovlighetsmangler oppdages ofte ved offentlige kontroller. En kan ikke forvente at selger skal slippe unna ansvar nettopp fordi hans eiendom enda ikke er blitt kontrollert. Selger har ingen beskyttelsesverdig forventning om å slippe å tilfredsstille kravet når det også følger av lovbestemmelse. Så lenge eiendommen er oppført i strid med offentligrettslige krav oppstilt i lov eller forskrift, vil avhl. § 3-2 (2) gjelde.

I tillegg til det som er sagt ovenfor kan visse påbud eller forbud dispenseres fra. Så lenge dette ikke er gjort vil påbudet gjelde. Er det imidlertid gitt en dispensasjon før avtaleinngåelsen, vil kjøper ikke kunne påberope seg forskriftsmangelen.

²² LH-2000-00148.

²³ Se også RG 1999 s. 366.

²⁴ Se LG-1999-00447 (Gulating).

1.3.2.3 Subjektivitet og kausalitet?

Før gjennomgangen av hvilke rettsvirkninger en lovlighetsmangel kan ha, skal det knyttes noen kommentarer til vilkår som finnes i flere mangelsbestemmelser, nemlig kravet til subjektivitet og kausalitet. Spørsmålet er om disse også har en plass ved anvendelsen av avhl. § 3-2 (2).

I flere kjøpsrettslige mangelsbestemmelser er det krav om at selgeren må være kjent med eller burde ha vært kjent med mangelsgrunnlaget. Dette kalles et krav om subjektivitet. I tillegg kreves ofte at mangelen måtte ha innvirket på avtalen om kjøperen hadde vært klar over den ved avtaleinngåelsen, et krav om kausalitet. En typisk utforming av disse vilkårene finnes i avhl. § 3-7, se også bustadoppføringslova²⁵ § 26.

Avhendingsloven § 3-2 (2) første punktum er en objektiv bestemmelse. Regelen sier klart at eiendommen ”skal vere i samsvar” med offentligrettslige krav uten å nevne selgers subjektive stilling. At ordlyden skal forstås på denne måten følger også av rettspraksis. I RG 2001 s. 1113 uttaler lagmannsretten at bestemmelsen legger opp til en objektiv vurdering, og det er derfor uten betydning om selgeren kjente eller burde kjent til hvilke offentligrettslige krav som gjaldt, eller om eiendommen var i samsvar med kravene. Oppgaven for rettsanvenderen blir dermed å fastslå om eiendommen er i samsvar eller ikke med slike krav. Avhl. § 3-2 (2) inneholder ikke et vilkår om subjektivitet.

Lovens ordlyd inneholder videre ikke noe krav til kausalitet. Kjøperen må ikke sannsynliggjøre at manglene ville ha innvirket på avtalen, slik det er kreves i avhl. §§ 3-7 og 3-8.

1.3.3 Rettsvirkninger.

Avhl. § 3-2 (2) regulerer ikke rettsvirkningen av et brudd på offentligrettslige krav. Heller ikke forarbeidene kommenterer dette. Det må imidlertid være på det rene at

²⁵ Lov av 13. juni. nr. 43 1997.

denne, som de øvrige bestemmelsene i kap. 3, gir grunnlag for rettsvirkninger som nevnt i avhl. §§ 4-8 til 4-16. Bestemmelsen er plassert sammen med de øvrige mangelsbestemmelsene i avhendingsloven. Det følger av en naturlig lesning av disse at også § 3-2 (2) skal gi rettsvirkning som ved annen mangel. Eiendommen oppfyller ikke avhendingslovens krav hvis den i forbrukerkjøp ikke er i samsvar med offentligrettslige krav. Dessuten, kjøpslovens tidligere bestemmelse i § 17 (4) sa klart at lovlighetsmangel etter den tidligere § 17 (3) skulle regnes som en mangel. Det samme følger nå av forbrukerkjøpsloven § 16 (1) litra a). Det virker lite sannsynlig at lovgiver mente det skulle være en forskjell mellom lovene på dette punktet. Også håndverkertjenesteloven § 17 (1) bestemmer at det er en mangel hvis bestemmelsen om offentlige sikkerhetskrav i § 16 ikke er overholdt. Hensynet til harmoni og rettsenhet mellom de nye kontraktsrettslige lovene tilsier altså at også avhl. § 3-2 (2) skal ha rettsvirkninger som øvrige mangelsbestemmelser.

Rettspraksis har fulgt opp denne forståelsen. I Agder lagmannsretts avgjørelse av 15. august 1996²⁶ gis erstatning for forskriftsmangel etter avhl. § 3-2 (2), mens det i RG 2001 s. 1113 gis prisavslag.

Brudd på de offentligrettslige krav etter § 3-2 (2) gir altså grunnlag for ordinære rettsvirkninger etter avhl §§ 4-8 til 4-16.

1.3.4 Bevisbyrden

I LA-1999-01379²⁷ uttaler lagmannsretten:

”Når de utførte arbeider da skal vurderes i forhold til forskriftene vil et utgangspunkt for vurderingen være om den utførelsesmåte som er valgt, de materialer som er benyttet osv fremstår som faglige forsvarlige, - og om arbeidene dernest er gjennomført på en faglig forsvarlig måte. Det er den ankende part som må bevise at arbeidene er utført på en slik måte at man finner det foreligger en ”offentligrettslig mangel”...”

Bevisbyrden for de faktiske forhold ligger altså på kjøperen, som her var den ankende part.

²⁶ LA-1996-01443 (Agder).

²⁷ Agder lagmannsrett dom av 28. juni 2000.

1.3.5 Oppsummering av hovedregelen

Hovedregelen om lovlighetsmangler gir en klar forenkling av mangelsvurderingen. Det forhold at vilkårene er klare og enkle tyder på at lovgiver her har villet unngå de skjønnstemaene som lett oppstår ved en ordinær mangelsvurdering.

Den grunnleggende mangelsregel i § 3-1 (1) første punktum, krever at eiendommen skal være i samsvar med avtalen. Mangelsspørsmålet må altså generelt avgjøres på grunnlag av vanlig avtaletolkning. En avtale kan være mer eller mindre fullstendig, og kan gi rom for ulike tolkningsresultat. Dessuten vil momenter som alder, pris, uttalelser under forhandlinger og andre opplysninger spille inn på hva en kan kreve av eiendommens tilstand. Avhendingsloven § 3-2 (2) skjærer igjennom ved å sette opp en klar regel om at eiendommen forutsettes å være i samsvar med offentligrettslige krav, med mindre selger har gjort det motsatte klart. Kjøper er gitt en klar rettighet på selgers bekostning.

Regelen, som er en kopi av kjøpslovens tidligere bestemmelse i § 17 (3), er praktisk og blir ofte påberopt. For fast eiendom finnes det svært mange og utfyllende offentligrettslige krav i motsetning til hva en finner på området for løsørekjøp.

Det kan stilles spørsmål om hvorvidt lovgiver vurderte denne forskjellen i mengde og kompleksitet når kjøpovens bestemmelse ble overført til avhendingsloven. Rettspraksis har også kommentert denne forskjellen. I LB-1996-01187²⁸ ville de ankende parter ha prisavslag for lovlighetsmangler, som følge av mangelfull drenering i forhold til bygningslov og forskrifter. Før lagmannsretten går inn på den konkrete vurdering uttaler den:

”Bestemmelsen er overført fra regelen i kjøpsloven § 17, tredje ledd, uten nærmere avgrensing / presisering – til tross for at forholdet til offentlig / rettslige regler er langt mer komplisert ved fast eiendom enn ved løsøre.”

Det kan dermed virke som om kjøper har fått en uforholdsmessig stor fordel i forhold til det som var tilsiktet. Regelen er imidlertid klar, og den kan etter min mening ikke tolkes innskrenkende på bakgrunn av dette hensyn alene. Annerledes kan det stille seg når en ser bestemmelsen opp mot regelen i avhl. §§ 3-2 (2) annet punktum og 3-9. Dette

²⁸ Borgarting lagmannsrett dom av 18. september 1997.

kommer jeg nærmere inn på nedenfor i punkt 2 og 3. Det som er sagt om hovedregelen i § 3-2 (2) første punktum, vil derfor utgjøre utgangspunktet for disse drøftelsene.

2 Unntaksregelen i § 3-2 (2) annet punktum

2.1.1 Innledning

Temaet for dette kapittelet er unntaksregelen i § 3-2 (2) annet punktum. Bestemmelsen lyder:

”Dette (les:hovedregelen) gjeld likevel ikkje dersom tilhøva viser at kjøparen for så vidt ikkje bygde på seljarens sakkunnskap og vurdering, eller ikkje hadde rimeleg grunn til å gjere det.” (mitt innskudd)

I det følgende skal det særlig sees nærmere på forholdet mellom hovedregelen i første punktum, og unntaksregelen i annet punktum. Kort forklart er hovedproblemstillingen for kapittelet i hvilken utstrekning ordbruken i unntaksregelen i annet punktum fører til at hovedregelen i første punktum får begrenset rekkevidde. En grundigere redegjørelse for hovedproblemstillingen følger i punkt 2.1.3.

Før denne problemstillingen drøftes, vil selve innholdet i unntaksreglen i § 3-2 (2) kort presenteres i punkt 2.1.2. Her vil det tas sikte på å redegjøre for den alminnelige bruk av unntaket.

2.1.2 Kort om unntakets anvendelse

Den naturlige forståelsen av lovens ordlyd, tyder på at kjøper ikke kan bygge noe krav på lovens hovedregel hvor han er overlegen selger i sakkunnskap eller vurdering, for eksempel hvor han er fagmann på området. Omstendighetene vil da tilsi at kjøperen ikke bygde eller ikke hadde rimelig grunn til å bygge på selgerens sakkunnskap eller vurderinger.

Ot. Prp. nr. 66(1990-1991) side 81 nevner som eksempel at kjøperen burde sett at han var nærmere enn selger til å skaffe opplysninger om hvilke offentligrettslige krav som er aktuelle. Hvis kjøperen er i en jobb som kunne tilsi særlige kunnskaper, for eksempel

ansatt i kommunes bygningsråd, kan han lettere finne hvilke krav eiendommen skal tilfredsstille.

Trondheim byrettsdom av 22. april 1998, gir videre et eksempel på bruk av unntaksregelen. Her hadde kjøperen bodd i huset siden det var nytt, først som den opprinnelige eiers samboer, og siden som leieboer hos Husbanken. Ved den opprinnelige eiers død, ble huset overtatt på tvangssalg av Husbanken. Den solgte deretter huset videre til avdødes samboer og dennes nye ektefelle. Kjøper ble her ansett for å være overlegen selger i sakkunnskap om eiendommen, og kunne derfor ikke påberope seg forskriftsmangel.

Resultatet av at unntaksreglen kommer til anvendelse, er at selv om eiendommen har forskriftsmangler, vil selger likevel ikke være ansvarlig. Kjøperen må selv bære risikoen. I den videre drøftelsen skal jeg undersøke om unntaksregelen i større utstrekning enn det som er gjennomgått ovenfor, begrenser hovedregelens anvendelsesområde.

2.1.3 Den nærmere problemstilling – utgangspunkter og definisjoner

Det er bruken av ordet "sakkunnskap" i annet punktum, sammenholdt med anvendelsesområde forbrukerkjøp i første punktum, som skaper usikkerhet om bestemmelsens tolkning. Dette redegjøres det nærmere for nedenfor. Spørsmålet er om hovedregelen i det hele tatt skal komme til anvendelse hvor selger opptrer som privatperson. Nærmere bestemt, hvorvidt det er et krav at selger har "sakkunnskap" for at kjøper kan utlede rettigheter av hovedregelen i første punktum.

For å klargjøre denne problemstillingen må det gis visse utgangspunkter og definisjoner.

Jeg kommer i det følgende til å benytte begrepet privatperson om selgeren. Slik jeg bruker dette begrepet omhandler det den situasjon hvor selgeren verken er næringsdrivende, eller har hjelp til salget gjennom profesjonell medhjelper, som for eksempel eiendomsmegler. Han foretar således hele salgsprosessen på egenhånd. Hvis en privatperson bruker megler eller annen profesjonell medhjelper, regner jeg han som

identifisert med helperens sakkunnskap. I forarbeidene kommentarer til avhl. § 3-7²⁹, om manglende opplysninger om eiendommen, uttales det i forhold til opplysninger selgeren ”måtte kjenne til”, at en også må se på kunnskaper hos andre som har stått frem ovenfor kjøperen, som for eksempel eiendomsmegler. Det samme følger av Høyesteretts avgjørelse i Rt 2001 s. 369. I forarbeidene finnes tilsvarende uttalelser også i merknadene til §§ 3-3 og 3-8. Det er altså vanlig å identifisere selgerens kunnskap med medhjelpenes. En annen løsning etter avhl. § 3-2 (2) ville virke tilfeldig og gi dårlig sammenheng mellom bestemmelsene.

Utgangspunktet for problemstillingen er at det er uklart hvor langt unntaket gjelder. Noe av bakgrunnen for dette er utformingen av forbrukerkjøpsdefinisjonen i avhl. § 1-2 (3), jf. oppgavens punkt 1.3.1.

Departementet viser i proposisjonen³⁰ til forarbeidene til kjøpslovens tidligere bestemmelse § 17 (3), som hadde samme utforming som avhendingsloven. Poenget er at de to lovene slik de fremsto på avhendingslovens ikrafttredelsestidspunkt, hadde ulike definisjon av ”forbrukerkjøp”. Hovedregelen i de ulike lovbestemmelsene ville derfor ikke komme til anvendelse på de samme områder. I kjøpsloven var det en betingelse at selger var ”yrkeselger”, altså en profesjonell (jf. kjøpsloven § 4 (2) som nå er opphevet), mens det i avhendingsloven ikke er et tilsvarende krav, jf. oppgavens punkt 1.3.1. Forbrukerkjøpsloven, som har overtatt forbrukerkjøp fra kjøpsloven, krever likeledes i § 1 (2) at:

”selgeren eller selgerens representant opptrer i næringsvirksomhet.”

Motsetningsvis gir ordlyden i avhl. § 1-2 (3) uttrykk for at forbrukerkjøp også omfatter en salgssituasjon mellom to privatpersoner.

Unntaket (slik det er tolket i punkt 2.1.2) gir bedre mening om det kommer til anvendelse i en salgssituasjon hvor selger er profesjonell, enn hvor selger er privatperson.

²⁹ Jf. Ot. prp. Nr. 66 (1990-1991) side 89 første spalte.

³⁰ Ot. prp. Nr. 66 (1990-91) s. 81, venstre spalte.

At selger blir ansvarlig etter hovedregelen hvor han er profesjonell, eller hjulpet av profesjonell, gir god mening. Han er nærmere til å bære risikoen enn en uprofesjonell kjøper, da med unntak for den situasjon at kjøperen ikke bygger, eller ikke har rimelig grunn til å bygge på hans sakkunnskap og vurdering.

I en salgssituasjon hvor begge opptrer som privatpersoner vil vanligvis ingen sitte inne med noen type av profesjonell kunnskap. Selgeren er dermed ikke i utgangspunktet overlegen kjøper i sakkunnskap. Spørsmålet er hva som da skal til for at unntaket skal komme til anvendelse. Det vil forutsetningsvis være like vanskelig eller lett for begge parter å innhente kunnskap. Bestemmelsen slik den er utformet synes å forutsette at kjøper kun i unntakstilfeller vil være overlegen selger i sakkunnskap. Det normale er at selgeren er overlegen kjøper i sakkunnskap, slik at denne normalt vil bygge på selgers kunnskap. Denne forutsetningen slår ikke til hvis begge i utgangspunktet står likt med hensyn til sakkunnskap. Dette fører til at det er vanskelig å finne eksempler på hvordan unntaket skal benyttes, og hvordan forholdet til hovedregelen skal vurderes. Ut fra dette kan det således hevdes at hovedregelen ikke skal komme til anvendelse hvor selgeren mangler profesjonell kunnskap.

Det som nå er sagt viser at forholdet mellom første og annet punktum trenger en grundigere gjennomgang. Før jeg kommer inn på rettskildebildet på området og en nærmere vurdering av dette, skal lovens forhistorie presenteres. Bakgrunnen for dette er å ytterligere belyse den problemstillingen som er oppstått. Slutninger som kan trekkes av forarbeidene gis i punkt 2.1.5.

2.1.4 Bestemmelsens forhistorie

Avhendingsloven § 3-2 (2) ble fremlagt for Stortinget i Ot. prp. nr. 66 (1990-91). Den ble samordnet så langt som mulig med kjøpslovens bestemmelse. Forarbeidene viser også til denne bestemmelsen for tolkningsinnspill. Begge bestemmelser gjelder kun ved forbrukerkjøp.

Proposisjonens lovforslag til forbrukerdefinisjon i forslaget § 1-2 (3) første punktum, gjenspeilet samordningen med kjøpsloven. Lovforslaget lød:

”Med forbrukarkjøp er meint kjøp av eigedom frå yrkesselgjar når eigedomen i hovudsak er til personleg bruk for kjøparen med familie, husstand eller omgangskrets.”

Også salg gjennom mekler eller annen profesjonell representant skulle omfattes.

Departementet uttaler på side 31 i proposisjonen at:

”...det kan vere å gå noko langt å la ufråvikelege føresegner om forbrukarkjøp gjelde fullt ut også der begge partane er forbrukarar, og seljaren ikkje bruker profesjonell mellommann.”

Departementet kommer vidare inn på at selgeren ofte bruker salgssummen til å kjøpe ny bolig, og at et ansvar for den gamle derfor vil ramme hardt. Det vises også til at det ikke alltid er rett å legge til grunn at kjøperen er den underlegne som trenger vern. Også ikke-profesjonelle selgere må ha beskyttelse:

”Ein ikkje –profesjonell seljar er kanskje ikkje ein gong klår over kva for reglar som er ufråvikelege...”

Ved stortingsbehandlingen av loven ble imidlertid definisjonen av forbrukerkjøp endret. Vilkåret om ”yrkesselger” utgikk. Justiskomiteen uttaler i punkt 4.3 i Innst. O. nr. 71 (1991-92) at den er kommet til at:

”...visse regler bør være ufravikelige ved salg – til forbrukerens fordel – må det gjelde uansett hvem som er selgeren. Det skille som er foreslått, virker noe vilkårlig når det gjelder hvem som defineres som yrkesselger eller ikke ved avhendelse av fast eiendom. Privatpersoner som selger uten mellommann kunne etter forslaget utnytte avtalefriheten til omfattende ansvarsfraskrivelser vedrørende eiendommens tilstand og stilling. Komiteen mener derfor at begrepet ”yrkesselger” bør utgå slik at alle salg til forbruker likestilles.”

Det skjedde ikke endringer i utformingen av avhl. § 3-2 (2). Forholdet mellom lovens § 3-2 (2) og den nye definisjonen kommenteres heller ikke. Komiteens forslag ble vedtatt av Stortinget.

2.1.5 Rettskildebildet på området³¹

I det følgende vil relevante rettskildefaktorer for løsningen av problemstillingen bli drøftet. Det tas særlig sikte på å klargjøre hva en kan slutte fra de ulike kildene.

2.1.5.1 Ordlyden

Ordlyden i § 3-2 (2) på dette punktet er ikke klar. Spørsmålet er om henvisningen til selgers ”sakkunnskap og vurdering” i annet punktum, gjør bruk av hovedregelen betinget av at selgeren faktisk har sakkunnskap som en profesjonell selger, altså at han ikke opptrer som privatperson.

Ser en avhl. § 3-2 (2) første punktum for seg, kan det ikke være tvil om at anvendelsesområdet, slik det er definert i lovens § 1-2 (3), omfatter selgere uten profesjonell sakkunnskap. Forbrukerkjøpdefinisjonen stiller ikke krav til selgeren. Det gikk tydelig frem av stortingsbehandlingen at dette var meningen.

Annet punktum synes imidlertid å bygge på en forutsetning om sakkunnskap hos selgeren. Spørsmålet er hva slags type kunnskap det her er snakk om.

Ordet ”sakkunnskap” kan tolkes slik at den peker på en bestemt og kvalifisert form for kunnskap³², altså profesjonell kunnskap. Den sakkunnskapen det må være snakk om er kjennskap til offentligrettslige krav som nevnt i første punktum. Utenfor faller da kunnskap enhver huseier måtte ha. Slik sakkunnskap vil normalt en næringsdrivende ha, mens er privatperson som velger å selge eiendommen uten profesjonell hjelp, ikke kan forventes å ha samme kunnskapsnivå, med mindre han er håndverker eller lignende av yrke.

Hvis selgeren ikke har sakkunnskap slik det er tolket ovenfor, gir forholdet mellom hovedregel og unntaksregel liten mening. Annet ledd synes å bygge på den forutsetning at kjøperen normalt bygger på selgers sakkunnskap. Er selgeren en privatperson vil det

³¹ Jf Adv.fullmektig Zimmer, Gøril Asmussen ”Kommer avhendingsloven § 3-2 (2) første punktum til anvendelse ved salg mellom privatpersoner?”. I: Juristkontakt Årg 34 nr. 8 (2000). Forfatteren gir en grundig gjennomgang av problemstillingen.

³² Jf resonnement i artikkel av adv.fullmektig Zimmer, Gøril Asmussen ”Kommer avhendingsloven § 3-2 (2) første punktum til anvendelse ved salg mellom privatpersoner?”. I: Juristkontakt Årg 34 nr. 8 (2000).

ikke være noen sakkunnskap, tolket profesjonell kunnskap, for kjøper å bygge på. Det vil ikke være naturlig for kjøperen å bygge på en privatpersons kunnskap, med mindre denne er snekker eller lignende av yrke. Unntaksregelen vil da ikke gi god mening. Motsetningsvis vil kjøperen normalt ha god grunn til å bygge på en profesjonell selgers sakkunnskap. Dette kan tyde på at lovens hovedregel ikke skal komme til anvendelse hvor selger ikke har sakkunnskap om de offentligrettslige kravene, altså i salg mellom to privatpersoner, fordi forutsetningene om at kjøper kan bygge på selgers sakkunnskap ikke slår til.

Mot dette kan innvendes at ordlyden både viser til selgers sakkunnskap og *vurdering*. ”Vurdering” synes etter en naturlig forståelse av ordlyden å være et selvstendig kriterium. Vidt tolket kan dette omfatte enhver kjennskap selgeren, normalt eieren, har om eiendommen; både den kunnskap han har opparbeidet seg for eksempel i form av oppusningsprosjekt eller annen spesiell gjennomgang av boligen, men også en generell vurdering av boligens standard. Selv om han normalt ikke har samme innsikt i regler som en profesjonell eiendomsselger, vil han sitte inne med verdifull kunnskap om sin eiendom. Ordlyden kan altså leses som en generell henvisning til den *faktiske* kunnskap selgeren sitter inne med, enten dette faktisk er sakkunnskap eller en løsere vurdering av eiendommens standard.

Ordlyden synes etter dette ikke å gi noen klar løsning.

2.1.5.2 Forarbeider.

Forarbeidene til avhendingsloven er gjennomgått ovenfor i punkt 2.1.4. Det er på det rene at lovgivers intensjon slik den kom frem i proposisjonen, var at avhendingsloven § 3-2 (2) ikke skulle komme til anvendelse ved salg direkte mellom privatpersoner. Bruk av ”yrkesselger” som vilkår i definisjonen, skulle føre til at risikoen ble lagt på selgersiden, med visse unntak.

Avhendingslovens forarbeider sier ikke mye om anvendelsen av unntaksbestemmelsen. Heller ikke kjøpslovens forarbeider³³ gir særlig innspill på dette punktet. Det kan ha

³³ Ot. prp. nr. 80 (1986-1987).

sammenheng med at anvendelsen av bestemmelsen slik den var foreslått i proposisjonen var uproblematisk. Fordi selger måtte være ”yrkesselger” for at kjøpet skulle falle inn under kravet til forbrukerkjøp, var det lettere å tenke seg unntakstilfeller hvor kjøperen var i en spesiell situasjon.

Da forbrukerdefinisjonen ble endret, ble imidlertid sammenhengen mellom hovedregel og unntak uklar. I komiteinnstillingen er det ingen drøftelse av unntaksbestemmelsens virkning på det nye anvendelsesområdet til hovedregelen. Det ble heller ikke foreslått noen endringer i annet punktum som følge av endringen i definisjonen. Det kan virke som om komiteen ikke var oppmerksom på at endringen kunne føre til problemer med tolkningen av avhl. §3-2 (2).

Intensjonene og hensynene fra proposisjonen (se punkt 2.1.4) er imidlertid klare. Også forbrukerselger har behov for beskyttelse. Dette kan tale for å forstå § 2-3 (2) slik at hovedregelen ikke kommer til anvendelse hvis selger ikke profesjonell.

2.1.5.3 Rettspraksis

Forholdet mellom hovedregelen og unntaksregelen i avhl. § 3-2 (2) har foreløpig ikke vært til behandling i Høyesterett. Borgarting lagmannsrett har i tre dommer kommentert unntaksregelen.

Dommen av 22 november 1999³⁴ (Borgarting) gjaldt prisavslag blant annet som følge av mangler ved utføringen av grunnmur og drenering av boligeiendommen.

Lagmannsretten slår fast at det her er snakk om et forbrukerkjøp, og at § 3-2 (2) kan komme til anvendelse. I forhold til unntaksregelen, uttaler retten at det her var mye som tydet på at kjøper ikke hadde bygget på selgers sakkunnskap og vurdering med hensyn til garasjenes utførelse. Det uttales i dommen:

”Det kan imidlertid, som påpekt av Bergsåker side 222 flg³⁵, anføres sterke grunner mot den forståelsen at kjøper er avskåret fra å påberope forskriftsmangler

³⁴ LB-1999-02211.

³⁵ Jf nå Bergsåker, Trygve. *Kjøp av fast eiendom med kommentarer til avhendingsloven*. 3. utg. Oslo 2000. side 241.

når selger og kjøper står omtrent likt med hensyn til sakkunnskap. Retten antar at det ikke er grunnlag for å benytte denne unntaksbestemmelsen i dette tilfellet, særlig ikke når selger benyttet advokat som megler.”

Selv om selgeren er uprofesjonell, synes retten å mene at hovedregelen i avhl. § 3-2 (2) første punktum, bør komme til anvendelse. Vekten av denne uttalelsen er imidlertid uklar. Her hadde selgeren benyttet seg av megler, mens problemstillingen i oppgaven forutsetter at selgeren er en privatperson. Dette betyr her at selgeren likevel må anses for å ha en viss sakkunnskap. Uttalelsen om forholdet til hovedregelen ved salg mellom to privatpersoner fremstår derfor som et obiter dictum³⁶. Det kan likevel slutes fra denne avgjørelsen at lagmannsretten synes å mene at hovedregelen kan benyttes selv om selger og kjøper har samme kunnskapsnivå.

I RG 2001 s. 1113 (Borgarting), uttaler lagmannsretten at:

”...unntaksregelen særlig tar sikte på tilfeller der kjøperen er selgeren overlegen når det gjelder fagkunnskap, og bestemmelsen kan ikke forstås slik at reglen vanligvis får anvendelse når verken selger eller kjøper var bygningskyndige eller hadde spesiell innsikt i bygningslovgivningen...”

Forholdet til hovedregelen berøres ikke. Rettens tolkning gir her uttrykk for at *unntaksregelen* ikke kommer til anvendelse når selger ikke er profesjonell. Dette kan tas til inntekt for at hovedreglen ikke skal innskrenkes til å gjelde kun hvor selger ikke opptrer som privatperson.

Unntaksregelen kom også opp i Borgarting dom av 4. februar 2002³⁷. Saken gjaldt salg av et 70 år gammelt hus med en ansvarsfraskrivelse etter avhl. § 3-9. Det var på det rene at ildstedet i boligens første etasje ikke var i samsvar med offentligrettslige krav. Likevel kom retten til at dette ikke utgjorde en mangel. Begrunnelsen for dette er noe uklar. Lagmannsretten gjentar først ordlydens i § 3-2 (2) annet punktum. Deretter peker de på at verken selger eller takstmann burde ha oppdaget denne feilen. Videre uttales:

³⁶ En uttalelse om ikke er nødvendig for å begrunne resultatet, jf Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*. 5.utg. ved Jan Helgesen. Oslo 2001 side 172-175.

³⁷ LB-2001-01616.

”Når man sammenholder dette med en generelle ansvarsfraskrivelsen som selgeren hadde tatt i kjøpekontrakten, må tilkoblingen av ildstedet til ventilasjonsløpet i pipa – slik lagmannsretten vurderer det – være kjøperens risiko. Det legges i denne forbindelse også vekt på at Andersen ikke var ”yrkesselger” og at kostnadene ved utbedring av feilen var begrensede.”

Retten konkluderer med at det ikke er mangel etter § 3-2 (2). Grunnlaget for resultatet er ikke klart. Konklusjonen synes enten å følge av ansvarsfraskrivelsen, eller det forhold at verken selger eller takstmann hadde sakkunnskap, med det resultat at hovedregelen i avhl. § 3-2 (2) ikke kommer til anvendelse. Faktum viser i tillegg at selger i dette tilfellet brukte eiendomsmegler. Det følger av rettens øvrige vurderinger at det var tolkningen av avhl. § 3-9 som var sakens kjerne. Hva som kan slutes av denne dommen med hensyn til unntaksregelen synes derfor uklart.

Lagmannsrettspraksis, slik den fremstår i dag, gir etter dette heller ikke grunnlag for en entydig konklusjon. De to først nevnte dommene trekker i retning av at hovedregelen kommer til anvendelse selv om selger ikke har profesjonell sakkunnskap, men opptrer som privatperson. Den sistnevnte dommen kan kanskje tas til inntekt for det motsatte standpunkt. Ingen av dommene omhandler situasjoner hvor det ikke var blitt brukt profesjonell medhjelper. Generelt nevnes at det kan være noe tilfeldig om faktum gjengir om det er brukt megler eller ikke. De eventuelle konklusjoner som kan trekkes fra rettspraksis fremstår derfor ikke som sikre løsninger av problemstillingen.

2.1.5.4 Etterarbeider

Når det gjelder forbrukerkjøpdefinisjonen, er det i forarbeidene til den nye forbrukerkjøpsloven gitt en grundig drøftelse av denne på det kjøpsrettslige område. Også avhendingsloven blir vurdert, i første rekke lovens § 1-2 (3). Avhendingsloven § 3-2 (2) blir ikke kommentert. De generelle bemerkningene om forbrukerkjøp kan imidlertid være interessante også for problemstillingen i denne oppgaven.

Det ene spørsmålet forarbeidene tok opp, var om salg mellom privatpersoner også skulle anses som forbrukerkjøp. Det redegjøres også for forbrukerbegrepet i andre lover om forbrukervern. Bakgrunnen for dette var at departementet i tillegg til å skape forbrukerkjøpsloven, også ville se om definisjonene burde harmoniseres på dette lovområdet.

Proposisjonen slår fast at det i forbrukertvistloven og avhendingsloven ikke stilles noen bestemte krav til yteren (selgeren). Et av spørsmålene var om definisjonen i disse lovene skulle bringes i samsvar med den lovgivning som stiller krav på ytersiden.³⁸

I proposisjonens punkt 3.5 (se side 53 til 54) oppsummeres standpunktene om hvorvidt *forbrukerkjøpsloven* bør omfatte kjøp mellom privatpersoner. Både utvalget, høringsinstansene og departementet mener at loven ikke bør komme til anvendelse i slike situasjoner. I tillegg kommenteres det at det er behov for endring i noen av dagens ordninger. Hensynet bak at det ikke ønskes en ordning tilsvarende den i avhendingsloven, er blant annet at det ved salg mellom privatpersoner ikke er forskjell i styrkeforholdet. Begrunnelsen om forbrukervern slår derfor ikke inn. Dessuten stemmer et krav om næringsvirksomhet på ytersiden godt med EUs forbrukerkjøpsdirektiv³⁹ (se nærmere punkt 2.1.5.5). Videre følger hensynet til et enhetlig system for de nye kontraktsrettslige lovene, noe som kan begrunne at definisjonene bør harmoniseres.

Om avhendingsloven heter det i proposisjonen at det er på det rene at definisjonen omfatter salg mellom to privatpersoner. I høringsuttalelsen fra Forbrukerrådet legges det til grunn at også definisjonene i avhendingsloven bør endres til kun å gjelde næringsdrivende på ytersiden. Justisdepartementet vil imidlertid;

”...ikke i denne omgang begrense forbrukerdefinisjonen til å gjelde salg fra næringsdrivende. Dette bør vurderes i forbindelse med en senere revisjon av avhendingslova.”⁴⁰

Disse etterarbeidene viser at det kan være sterke hensyn som taler for å forandre definisjonen i avhl. § 1-2 (3). Synspunktet om at også avhendingsloven etterhvert bør tilpasses en forbrukerkjøpsdefinisjon som setter krav på selgersiden, kan støtte en tolkning i denne retning av avhl. § 3-2 (2). Uttalelsene om avhendingslovens klare definisjon av forbrukerkjøp taler i mot en slik tolkning. Det kan videre hevdes at det vil

³⁸ Se Ot. prp. nr. 44 (2001-2002) side 41.

³⁹ Direktiv nr. 1999/44/EC.

⁴⁰ Se Ot. prp. nr. 44 (2001-2002) side 49.

være uheldig om etterfølgende uttalelser som dette skal være nok til å innfortolke et profesjonskrav.

2.1.5.5 Rimelighetsbetraktninger og juridisk litteratur

Så lenge definisjonen av forbrukerkjøp i avhendingsloven faktisk ble som i § 1-2 (3), kan det anføres at det vil være uheldig om anvendelsesområdet i § 3-2 (2) skulle bli annerledes hvor dette ikke kommer klart frem av lovteksten. For vanlige brukere av loven vil en innfortolkning av et profesjonskrav neppe fremstå naturlig. Videre bemerkes at i dagens eiendomsmarked hvor salg av fast eiendom skjer raskt, og kjøper derfor ikke kan undersøke eiendommen like grundig, bør hovedreglen komme til anvendelse selv om selgeren er en privatperson. Kjøper vil normalt ha de samme forventninger om boligens standard og sine rettigheter uansett hvem som forestår salget.

Bergsåker⁴¹ påpeker dessuten at hovedreglen gir uttrykk for en rimelig plassering av risiko også når begge parter er privatpersoner. Kjøperen bør normalt kunne gå ut ifra at eiendommen tilfredsstiller de gjeldende offentligrettslige krav.

Mot disse hensynene kommer det forhold at både en privat kjøper og en privat selger burde ha likeverdig behov for beskyttelse. Det vil normalt være likevekt mellom selger og kjøper. Derfor er det heller ingen ubalanse som begrunner at kjøpere skal ha en særlig beskyttelse.⁴² Det er et strengt ansvar selger får hvis han skal være ansvarlig for forskriftsmangler i slike situasjoner. Slike regler er ofte tekniske og kompliserte, og derfor vanskelige å forstå for privatpersoner. I tillegg kommer det faktum at selve arbeidet med faktisk å finne de relevante regler kan være vanskelig. En privatperson har som regel ikke kjennskap til søkemonitorer som lovdata og lignende. Selv med et vanlig søk på Internett er reglene ikke lett tilgjengelige. Vurderingen blir til sist hvor mye en kan kreve av en privatselger.

⁴¹ jf Bergsåker, Trygve. *Kjøp av fast eiendom med kommentarer til avhendingslova*. 3. utg. Oslo 2000. 241.

⁴² jf Adv.fullmektig Zimmer, Gøril Asmussen ”Kommer avhendingsloven § 3-2 (2) første punktum til anvendelse ved salg mellom privatpersoner?”, I: Juristkontakt Årg 34 nr. 8 (2000).

Selgeren kan imidlertid gjennom forbehold i avtale fri seg fra ansvaret som følger av avhl § 3-2 (2) første punktum, jf. oppgavens punkt 3. Dette kan likevel gjøre at det er rimelig å legge ansvaret på denne. Kjøperen vil da kunne regne med at boligen kan ha slike mangler og justere sitt bud deretter.

I tillegg kan det vises til harmoniseringshensyn, nemlig et ønske om at definisjonen i, og bruken av avhendingsloven, samsvarer med de øvrige kontraktstrettslige lovene. Både nasjonale regler og EU direktiv definerer selger som næringsdrivende e.l. EUs Forbrukerkjøpsdirektiv⁴³ artikkel 1 nr. 2 bokstav c, definerer selger som:

”...enhver fysisk eller juridisk person som selger forbruksvarer i henhold til en avtale innenfor rammen av sin yrkes- eller forretningsvirksomhet.”

Poenget er at alle disse bestemmelsene oppstiller et profesjonskrav til selgersiden, og støtter dermed en endring av definisjonen i avhl. § 1-2 (3). I tillegg kan disse hensynene støtte opp om et tolkningsresultat som krever ”sakkunnskap” etter avhl. § 3-2 (2) første punktum, som en profesjonell selger. På den måten vil iallfall bruken av forskriftsmangelsbestemmelsen harmonisere med de øvrige bestemmelser på lignende områder.

2.1.6 Oppsummering og konklusjon

Drøftelsen viser at vi her er på et rettsområde som trenger en avklaring. Rettskildefaktorene drar i ulik retning. Det hadde vært ønskelig om lovgiver hadde kommet på banen for å klargjøre hvordan risikoen skal fordeles. Dette er også fremhevet i forarbeidene til forbrukerkjøpsloven. Problemet er at selv om vektige hensyn står i mot hverandre, må risikoen nødvendigvis legges på en av partene, og dermed den økonomiske belastningen for slike mangler.

Det sterkeste hensynet mot å innskrenke anvendelsesområdet for hovedregelen, er ordlyden i avhl. 3-2 (2) første punktum, og den klare definisjonen lovens ordlyd gir i § 1-2 (3). Ordlyden i bestemmelsene gir ikke uttrykk for at bruk av hovedreglen er

⁴³Direktiv nr: 1999/44/EC.

betinget av særlig sakkunnskap fra selgers side⁴⁴. Mot dette synes forhistorien til bestemmelsen, sammen med kravet til sakkunnskap i § 3-2 (2) annet punktum, sterkt å dra i retning av at bestemmelsen krever at selgeren er profesjonell. Spørsmålet er om dette sammen med de nevnte reelle hensyn skal være nok til å begrense hovedregelens rekkevidde.

Etter min mening må en ta konsekvensen av at lovgiver faktisk valgte å stryke kravet til næringsvirksomhet på selgersiden. I tillegg kommer det at unntaksregelen ikke bare henviser til sakkunnskap, men også selgers vurdering som et selvstendig kriterium. Selgeren er som regel den nærmeste til å kjenne eiendommen. Lovgiver overså kanskje en problemstilling med å forandre ordlyden i avhl. § 1-2 (3), men det vil også være opp til lovgiver om han vil forandre definisjonen slik at den harmoniseres med de andre lovene på dette området. Dette ble ikke gjort ved vedtakelsen av forbrukerkjøpsloven. Ordlyden i avhl. §§ 1-2 (3) og 3-2 (2) synes samlet sett å tale for at hovedregelen i § 3-2 (2) ikke begrenses til kun å gjelde salg fra ”profesjonell” selger.

Hensynet om at både forbrukerkjøper og forbrukerselger har likeverdig behov for beskyttelse er sterkt. Poenget er at en av partene må bære risikoen. Så lenge ikke avhendingsloven legger opp til en fordeling av denne mellom de to partene, mener jeg det må være riktig å følge lovens hovedregel, selv om dette nok vil ramme selger hardt. Unntaksregelen kan ennå komme til anvendelse for eksempel i de tilfeller hvor selgeren ikke har den kjennskap til eiendommen som en selger vanligvis har, for eksempel ved salg fra dødsbo. Her vil kjøperen kanskje ikke ha rimelig grunn til å bygge på selgerens sakkunnskap eller vurdering.⁴⁵

I tillegg kommer det poeng at denne problemstillingen nok sjelden vil oppstå. Svært få selgere velger å stå for salget helt på egen hånd. Videre har bruken av ansvarsfraskrivelser økt, og dermed også selgers mangelsrisiko.

⁴⁴ Se Bergsåker, Trygve. *Kjøp av fast eiendom med kommentarer til avhendingsloven*. 3. utg. Oslo 2000, side 241.

⁴⁵ Se Bergsåker, Trygve. *Kjøp av fast eiendom med kommentarer til avhendingsloven*. 3. utg. Oslo 2000, side 243.

Samlet sett mener jeg at rettskildefaktorene taler for at § 3-2 (2) første punktum også skal gjelde når salget foretas av en privatperson.

3 Fravikelighet – og forholdet til andre bestemmelser i avhl. kap 3.

3.1 Avtalefrihet

Det klare utgangspunktet i norsk rett er kontraktsfrihet⁴⁶. Dette følger også av avhendingsloven § 1-2 (1). Visse bestemmelser er imidlertid i avhendingsloven gjort ufravikelige i forbrukerkjøp. Av oppregningen i § 1-2 (2) følger det at § 3-2 (2) ikke er en av disse, og er således deklarasjonsfri. Det samme fremgår av § 3-1 (1) annet punktum.

Skal eiendommen *ikke* anses mangelfull hvis den bryter offentligrettslige krav, må dette være klargjort for og godtatt av kjøperen før avtaleinngåelsen. Det er for sent å komme med slike forbehold etter at partene er blitt bundet av tilbud og aksept⁴⁷. Er det tatt et gyldig forbehold, blir det dermed opp til kjøper om han vil akseptere å kjøpe eiendommen selv om § 3-2 (2) er fraveket.

Det kan undertiden være vanskelig å fastslå om partene har ment å fravike bestemmelsen i § 3-2 (2). Bergsåker påpeker at det her er et behov for presisjon⁴⁸. Spørsmålet er hva som skal til for at selger ikke lengre er ansvarlig for slike mangler. Er det for eksempel nok at det i salgsprospektet er opplyst at det foreligger pålegg om utbedring av det elektriske anlegget? Videre kan det spørres om en må kreve en spesifisering av mangelen som skal omfattes, det elektriske anlegget, eller om det er nok med en generell ansvarsfraskrivelse. Det siste spørsmålet vil drøftes inngående i punkt 3.2.2. flg.

⁴⁶ Woxholth, Geir. *Avtaleinngåelse ugyldighet og tolkning*. 4. utg Oslo 2001 side 22 til 24.

⁴⁷ Jf. Bergsåker, Trygve. *Kjøp av fast eiendom med kommentarer til avhendingsloven*. 3. utg. Oslo 2000 side 244 – 245.

⁴⁸ Jf. Bergsåker, Trygve. *Kjøp av fast eiendom med kommentarer til avhendingsloven*. 3. utg. Oslo 2000 side 245.

Hvorvidt § 3-2 (2) er fraveket, må avgjøres på bakgrunn av en tolkning av kjøpekontrakten. Også opplysninger i salgsprospekt vil være relevante, og kan bli en del av avtalen. Kjøper forventer normalt at slike opplysninger er korrekte, og bygger sitt tilbud på dette. I noen tilfeller vil et forbehold i salgsprospektet være klart nok til at kjøper må regne med å ha risikoen for slike mangler, mens en vagere formulering i andre tilfeller vil føre til at selger likevel blir ansvarlig. Det tryggeste for selgeren er uansett å ta et klart forbehold ovenfor kjøper om at han vil fraskrive seg ansvaret for lovlighetsmangelen. Et eksempel er et spesifisert forbehold om at baderommet ikke er oppført i samsvar med våtromsbestemmelsene i byggforskriften.

3.2 Generelle forbehold – eiendommer kjøpt "som den er"

Før redegjørelsen av forholdet mellom avhl. § 3-2 (2) og avhl. § 3-9 skal jeg først gi en kort redegjørelse av bestemmelsen i § 3-9.

3.2.1 Avhendingsloven § 3-9⁴⁹

Avhendingsloven § 3-9 lyder:

"Endå om eiegen er selt "som han er" eller med liknande allment atterhald, har eiegen likevel mangel der dette følgjer av § 3-7 eller § 3-8. Eiegen har også mangel dersom han er i vesentleg ringare stand enn kjøparen hadde grunn til å rekne med ut frå kjøpesummen og tilhøva elles."

Bestemmelsen regulerer tilfeller hvor eiendommen er solgt med "som den er" -klausul eller lignende forbehold fra selgers side. Andre formuleringer kan være; "as is", "som besiktiget", "i den tilstand eiendommen befant seg ved besiktigelsen" osv.

Poenget med bruk av slike klausuler, er at eiendommen da ikke vil ha mangler i forhold til kjøperen. Kjøperen, som underskriver kjøpsavtalen, overtar i prinsippet eiendommen "slik den er" på besiktigelsestidspunktet. Han er dermed utelukket fra å påberope seg mangler som han senere måtte oppdage, men som var der på besiktigelsestidspunktet. Dette gjelder selv om de var skjulte. Risikoen for mangler overføres til kjøperen.

⁴⁹ Jf Bergsåker, Trygve. *Kjøp av fast eiendom med kommentarer til avhendingsloven*. 3. utg. Oslo 2000 side 167 flg.

Formålet med § 3-9 er å begrense rekkevidden av slike klausuler. Bestemmelsen er ufravikelig i forbrukerkjøp, jf. § 1-2 (2). § 3-9 regner opp tre tilfeller hvor ansvarsfraskrivelse ved ”som den er”- klausul likevel ikke vil overføre mangelsrisikoen til kjøperen.

Det første gjelder selgers opplysningsplikt etter § 3-7. Denne vil være den samme selv om eiendommen er solgt ”som den er”. En ”som den er”- klausul gir for det andre heller ikke selgeren adgang til å gi annet en korrekte opplysninger om eiendommen, jf. § 3-8.

Det tredje unntaket gjelder hvis eiendommen er i vesentlig dårligere stand enn kjøperen hadde grunn til å regne med, jf. § 3-9 annet punktum. For å karakterisere eiendommen som mangelfull må det altså kreves et større avvik enn normalt jf. for eksempel § 3-1 (1). Det skal foretas en skjønnsmessig helhetsvurdering, hvor blant annet kjøpesummen skal trekkes inn.

Høyesteretts avgjørelse fra 14. november 2002⁵⁰ viser at andre momenter enn kjøpesummen kan bli utslagsgivende. Det var på det rene at det var vannlekkasjer i underetasjen, og at dette skyldes byggtekniske feil. Her var det ikke avgjørende at manglene utgjorde 6-7 % av taksten. Det avgjørende momentet var hva kjøperne hadde grunn til å regne med ut fra de konkrete forhold om boligens tilstand. Siden manglene her var nevnt i både salgsoppgaven, taksten og selgerens egenerklæring, burde kjøperene ha innhentet tilstandsrapport el., og eventuelt tatt forbehold før de inngikk avtalen. Resultatet var at selgeren ikke ble ansvarlig for mangelen. Eiendommen var ikke i vesentlig dårligere stand enn det kjøperen hadde grunn til å regne med.

Jeg kommer ikke til å gå inn på den nærmere vurdering av kravet til ”vesentleg ringare stand” etter § 3-9, annet punktum. I teorien er det en diskusjon om bruk av proportsatser av mangelen i forhold til kjøpesummen som grunnlag for vurdering etter denne bestemmelsen. Det vil falle utenfor hovedproblemstillingen i denne oppgaven å komme nærmere inn på dette her.

⁵⁰ HR-2002-00716.

3.2.2 Forskriftsmangler og forholdet til "som den er"- klausuler.

Problemstillingen

Gjennomgangen ovenfor viser at § 3-9 ikke selv uttrykkelig tar stilling til § 3-2 (2). Det er på det rene at selgeren kan fraskrive seg ansvaret etter § 3-2 (2) ved spesifikke ansvarsfraskrivelser, som for eksempel at pipa ikke tilfredsstiller brannforskriften. Hvorvidt ansvarsfraskrivelsen er gyldig vil da bero på alminnelige avtalerettslige prinsipper⁵¹. Spørsmålet her er om generelle "som den er"- forbehold er nok for å fraskrive kjøperen retten til å påberope seg forskriftsmangler etter § 3-2 (2), slik at disse manglene da må oppfylle vesentlighetsvurderingen i § 3-9 annet punktum for å utgjøre en mangel. Motsetningsvis skal det undersøkes om mangler etter § 3-2 (2) står i en særposisjon i forhold til slike forbehold, og skjærer igjennom omtrent som §§ 3-7 og 3-8. Det forutsettes i drøftelsen som følger, at selve "som den er"- forbeholdet er gyldig tatt.

Temaet er omdiskutert i juridisk teori. Bergsåker har i sin bok "Kjøp av fast eiendom" (2000), og ved artikler i Juristkontakt, fremhevet det standpunkt at et "som den er"- forbehold ikke i seg selv utelukker bruk av § 3-2 (2), og at det normalt vil være riktig å la § 3-2 (2) slå gjennom ovenfor "som den er"- forbehold. Andre forfattere⁵² mener at forskriftsmangler blir fraveket på denne måten, og skal behandles på lik linje med andre mangler i forhold til § 3-9, altså gjennomgå en vesentlighetsvurdering.

Gjennom en vurdering av de ulike rettskildene på området forsøkes her å gi en oppsummering av rettstilstanden slik den synes å fremstå de lege lata. Det vil særlig bli lagt vekt på den lagmannsrettspraksis som foreligger på området.

3.2.3 Rettskildene på området

3.2.3.1 Lovens ordlyd

Slik § 3-9 er utformet ligger det til rette for å trekke en motsetningsslutning, en antitetisk tolkning. Kun §§ 3-7 og 3-8 slår igjennom "som den er"- klausuler etter § 3-9 første punktum. Andre mangler må vurderes etter vesentlighetsvurderingen i § 3-9 annet

⁵¹ Woxholth, Geir. *Avtaleinngåelse ugyldighet og tolkning*. 4 utg 2 oppl. Oslo 2002 side 53 flg.

⁵² Jf for eksempel adv Stig L. Bech (se punkt 3.2.3.6).

punktum. Siden § 3-2 (2) ikke dekkes av ordlydens første punktum, kan en trekke den konklusjon at spørsmålet må løses annerledes enn dette gir anvisning på. En slik motsetningsslutning resulterer i at forskriftsmangler ikke slår igjennom ovenfor slike klausuler på lik linje med §§3-7 og 3-8, og derfor må anses fraskrevet gjennom ”as is” - klausulen. Resultatet etter denne tolkningen er at forskriftsmangler i slike tilfeller må vurderes som vesentlige etter § 3-9 annet punktum for å påberopes. Dette synes å samsvare godt med det faktum at § 3-2 (2) er fravikelig.

Selv om ordlyden isolert sett åpner for en antitetisk tolkning, vil dette ikke alltid gi det riktige resultatet. En må være oppmerksom på at en lett kan lese mer ut av ordlyden enn det lovgiver intenderte. Eckhoff⁵³ nevner som eksempel ugyldighetsregelen i avtaleloven § 32 (1) og gyldighetsregelen i forvaltningsloven § 41. Ordlyden i begge gjør det nærliggende å trekke motsetningsslutninger, for eksempel at vedtaket blir *ugyldig* hvis feilen *kan* ha virket bestemmende på innholdet for fvl. § 41. Det følger imidlertid av begges forarbeider at det ikke var meningen å bestemme mer enn det som er sagt med rene ord i paragrafen. Det vil derfor følge av de øvrige rettskildene om et slikt tolkningsresultat er det riktige.

Helt sikkert er det at ordlyden ikke stenger for en tolkning som gjør at forskriftsmangler blir fraskrevet ved slike forbehold, og dermed må vurderes etter vesentlighetskravet i § 3-9 annet punktum.

3.2.3.2 Forarbeider og etterarbeider

Ingen av avhendingslovens forarbeider kommer direkte inn på forholdet mellom de to bestemmelsene. Visse uttalelser vil likevel være av interesse.

På side 79, venstre spalte i Ot. prp. nr. 66 (1990-91) gis det generelle bemerkninger om avhl. § 3-2 som sådan:

”Fyrst må det minnst om at dei nærare reglane i § 3-2 berre er meint å gjelde når ikkje noko anna kan utleiast av ei avtale mellom partane,...”

”§ 3-2 kan fråvikast og ved forbrukarkjøp, sml § 1-2 andre ledd. Det gjeld og andre ledd som berre gjeld ved forbrukarkjøp. Der er fyrst når ikkje noko kan

⁵³ Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*. 5. utg. ved Jan Helgesen. Oslo 2001, side 143 flg.

utleiest av avtala i høve til det aktuelle spørsmålet at avtala blir utbygt med reglane i § 3-2.”

Disse uttalelsene gir nærmest uttrykk for at fravikelse er det normale, og at det også vil gjelde for § 3-2 (2). Lovlighetsmangler synes ikke å stå i noen særstilling på dette området.

I særbemerkningene om annet ledd uttales imidlertid følgende:

”Men med det utgangspunkt som følger av § 3-2 andre ledd, må seljaren i så fall sørgje for å ta eit *klårt atterhald* i avtala, i alle fall i dei tilfella ikkje også andre omstende rundt avhendinga gir eit klårt varsel om at samsvar med offentligrettslige reglar m m ikkje er føresett.”(Min utheving)

Det må altså kreves tydelig forbehold for at § 3-2 (2) ikke skal gjelde. Spørsmålet er om ”som den er”- forbehold er tilstrekkelig klart i forhold til disse uttalelsene.

I merknadene til § 3-9, proposisjonens side 92, gjentas at pliktene til å gi opplysninger, og til å gi riktige opplysninger, gjelder uinnskrenket selv om en ”som den er”- klausul er brukt. Om forholdet til andre bestemmelser i loven uttales:

”Derimot *kan* slike generelle atterhald innebere ei innskrenkning i høve til andre reglar i avhendingslova,...” (Min utheving)

Bruken av ordet ”kan”, tyder på at det ikke er en automatikk i at ”som den er”- forbehold innskrenker de andre reglene i avhendingsloven. Det vil si at det i visse tilfeller ikke er nok å bruke et slikt forbehold.

Forarbeidene tar ikke spesifikt opp forholdet til § 3-2 (2). I forhold til § 3-2 (1) uttales imidlertid at et slikt generelt forbehold ikke nødvendigvis vil føre til at bestemmelsen ikke vil gjelde i det hele tatt. Det vil bero på en nærmere tolkning av forbeholdet sett i samsvar med de faktiske omstendighetene. Dette må også gjelde for § 3-2 (2), som i større grad enn § 3-2 (1) gir en klar rettighet til kjøperen. I tillegg kommer at et ”som den er”- forbehold normalt ikke skal tolkes slik at § 3-3 (arealsvikt) blir satt til side⁵⁴.

⁵⁴ Ot. prp. nr. 66 (1990-1991) side 92.

Denne gjennomgangen viser at § 3-9 ikke kan tolkes like antitetisk som ordlyden gir uttrykk for. Et ”som den er”-forbehold synes å være et moment av flere i vurderingen om bestemmelsen er fraveket.

De øvrige forarbeidene har også uttalelser som kan være av en viss interesse. I Innst. O. nr. 71 (1991-92) side 6 uttales det at selv om eiendommen kjøpes ”som den er”, kan kjøper påberope seg visse mangler, men at vilkårene for dette er strengere enn ellers. Dette synes å omfatte også lovlighetsmangler. I NOU 1979: 48 side 13 viser utvalget til at en kjøper ikke kan regne med at eiendommen er fullkommen. Også offentligrettslige krav til eiendommen vil bli påvirket av tidens elde og forholdene for øvrig. Kjøperen kan kanskje ikke forvente at eiendommen er i samsvar med slike krav når ”som den er”-forbehold er tatt.

I forhold til forbrukerkjøpslovens § 17, om ting solgt ”som den er”, uttales det i forarbeidene at bestemmelsen regulerer hvilken virkning generelle forbehold har for vurderingen av om det foreligger en mangel⁵⁵:

”Det faktum at det er tatt et ”som den er”-forbehold eller lignende alminnelig forbehold, innebærer ikke i seg selv at kjøperen er avskåret fra å gjøre gjeldende som en mangel andre forhold enn det som følger av § 17. § 17 sier bare hva kjøperen *alltid* vil kunne gjøre gjeldende. Om kjøperen skal kunne gjøre gjeldende andre forhold enn det som følger av § 17 første ledd, må bero på en tolking av det aktuelle forbeholdet.”

Siden denne loven er bygget opp omtrent som avhendingsloven, støtter uttalelsene også det syn at ordlyden i avhl. § 3-9 ikke skal tolkes antitetisk. Om forskriftsmangler etter § 3-2 (2) skal kunnes gjøres gjeldende må bero på en nærmere vurdering, hvor ansvarsfraskrivelsen er ett av momentene.

Forbrukerkjøpslovens vurdering i § 17 (1) litra a) krever, i motsetning til kjøpsloven og avhendingsloven, ikke at tingen skal være i vesentlig dårligere stand. Lovteksten krever kun at tingen er i ”dårligere stand” tatt i betraktning kjøpers forventning, kjøpesummens størrelse og forholdene forøvrig. Det vil imidlertid følge av kjøpets karakter, ”som det er”, at kjøperen ikke kan forvente en feilfri vare. Forarbeidene til forbrukerkjøploven

⁵⁵ Jf. Ot. prp. nr. 44 (2001-2002) side 173.

kommer ikke inn på forbrukerkjøpslovens § 17 forhold til § 15 (2) litra f), som bestemmer at tingen skal være i samsvar med offentligrettslige krav.

Samlet synes det å framgå av denne proposisjonen at det må skje en totalvurdering av hvorvidt det foreligger en mangel. Forskriftsmangler synes ikke å stå i noen særlig posisjon og kan derfor anses fraskrevet gjennom ”som den er”- forbeholdet. Dette gjelder selv om proposisjonen også viser til avhendingslovens forarbeiders krav om ”klårt atterhald”⁵⁶.

Slutningene fra avhendingslovens og forbrukerkjøpslovens forarbeider tyder på at § 3-9 ikke skal tolkes antitetisk, samtidig som § 3-2 (2) kan fraskrives gjennom ”som den er”- klausuler. Om bestemmelsen er fraveket beror etter forarbeidene på en nærmere tolkning av kontrakten og forholdene på avtaletidspunktet.

3.2.3.3 Rettspraksis

Under dette punktet vil flere avgjørelser bli presentert. Ikke alle avgjørelsene vil bli gjennomgått og drøftet like grundig. Det er særlig de dommene som er typiske for måten domstolen har valgt å løse problemstillingen på, og de avgjørelser som bringer noe nytt inn i denne vurderingen, som trekkes frem.

Dommene presenteres i kronologisk rekkefølge, slik at den nyeste dommen blir presentert sist. Dette gjøres her for å undersøke og vise den utviklingen og de forskjeller som har funnet sted i domstolenes avgjørelser. Underveis vil det bli gitt noen kommentarer angående hva som kan slutes av den enkelte dom. En oppsummering av all rettspraksisen følger til slutt.

3.2.3.3.1 Gjennomgang av de relevante dommer

*Agder lagmannsretts dom av 15. august 1997*⁵⁷

⁵⁶ Jf. Ot. prp. nr. 44 (2001-2002) side 170.

⁵⁷ LA-1996-01443.

En drensledning ble ansett ikke å tilfredsstille byggforskriftens krav til drenering. Eiendommen var kjøpt ”som besiktiget”. Om forholdet til forskriftsmangler viser retten til Bergsåkers argumentasjon på området:

”... Bergsåker side 236 at det normalt må være riktig å la § 3-2 annet ledd ha gjennomslagskraft overfor et generelt ”som den er”- forbehold eller lignende. Lagmannsretten sier seg enig i dette og kan ikke se at det her foreligger forhold som skulle begrunne et annet resultat.”

Her var det i tillegg uttrykkelig avtalt at eiendommen skulle være i samsvar med offentligrettslige krav. Retten mener derfor at det under enhver omstendighet, må føre til at ansvarsfraskrivelsen ikke kan gjøres gjeldende.

RG 1997 s. 1293 (Agder)

Det var en mangel at drikkevannet ikke tilfredstilte kravene i drikkevannsforskriften, gitt med hjemmel i sunnhetsloven fra 1860 og senere kommunehelsetjenesteloven. Fra kjøpekontrakten fremgikk det at eiendommen var kjøpt med en generell ansvarsfraskrivelse. Om forholdet mellom §§ 3-2 (2) og 3-9 uttaler retten:

”Når det gjeld tilhøve mellom § 3-9 og § 3-2 (2) , nemner Bergsåker side 236 at det normalt må vera rett å la § 3-2 (2) ha gjennomslagskraft overfor eit generelt ”som han er”-atterhald e.l. Lagmannsretten sluttar seg til dette, som partane i denne saka er samde om og.”

Konklusjonen her er altså at § 3-2 (2) slår igjennom overfor en ”som den er”- klausul. Retten kommer ikke direkte inn på de øvrige rettskildene, men bygger på Bergsåkers standpunkt. Jeg kommer nærmere tilbake til den juridiske litteraturen i punkt 3.2.3.6.

Borgarting lagmannsretts dom av 27. mars 1998⁵⁸

I tilknytning til den påviste forskriftsmangelens forhold til ”som den er”- klausul uttaler retten:

”Lagmannsretten finner at denne generelle ansvarsfraskrivelse ikke kan gjøres gjeldende overfor mangler etter § 3-2 (2), jf Bergsåker side 167 flg og side 230.”

⁵⁸ LB-1997-01070.

Noen nærmere redegjørelse for dette resultatet gis ikke. Saken ble løst etter avhl. § 3-2 (2) jf. § 4-12.

RG. 1998 s. 155 (Borgarting)

Boligeiendommen var her kjøpt ”som den er”. Det ble påberopt flere mangler ved eiendommen, blant annet at badet og dusjen i underetasjen, samt deler av det elektriske anlegget og altanen ikke tilfredsstilte de forskriftsmessige krav etter avhl. § 3-2 (2). Lagmannsretten slår først fast at eiendommen er solgt ”som den er”, og derfor skal vurderes under § 3-9.

Vurderingen av de ovenfor nevnte mangler blir foretatt i forhold til vesentlighetskriteriet i § 3-9 annet punktum. Retten kommer ikke direkte inn på manglenes forhold til § 3-2 (2). Ved gjennomgangen av manglene pekes det imidlertid på at arbeidet var amatørmessig utført og ikke byggemeldt. Disse manglene blir sammen med øvrige mangler ved eiendommen vurdert samlet i forhold til § 3-9 annet punktum, og retten kommer til at vesentlighetskravet er tilfredsstilt.

Denne avgjørelsen kan således tyde på at også mangler etter § 3-2 (2) fraskrives ved ”som den er”- forbehold. Retten kommer ikke inn på om § 3-2 (2) skal behandles på en annen måte enn andre mangler, eller om det er normalt å la denne slå igjennom. § 3-9 synes her å ha blitt brukt etter sin ordlyd. Kun §§ 3-7 og 3-8 står i en særskilt posisjon. Alt annet skal vurderes etter vesentlighetskravet. Imidlertid er ikke problemstillingen om forholdet mellom de to bestemmelser så klart fremstilt som i senere avgjørelser.

RG 1999 s. 1341 (Gulating)

Eiendom, et 66 år gammelt bolighus, ble solgt ”som fremvist”. Det var synlig at vedlikeholdet ikke hadde vært det beste. Spørsmålet var om partene hadde avtalt seg bort fra bestemmelsen i § 3-2 (2), slik at risikoen for manglene falt på kjøper. Retten bemerker:

”Utgangspunktet er derfor at det er tale om et kjøp av en eiendom ”som den er”, hvor risikoen for skjulte feil og mangler påhviler kjøperne.

Denne risikoen må kjøperne i dette tilfelle ha for alle slags feil og mangler, også slike offentligrettslige mangler som nevnt i avhendingsloven § 3-2, annet ledd.”

Her synes det som om lagmannsretten mener at en generell ansvarsfraskrivelse er nok til å fravike § 3-2 (2). De bemerkninger Bergsåker har gitt, og som er tillagt betydning i de første dommene, trekkes ikke inn. Retten fortsetter:

”Det er å vente at det i tidens løp med mangelfullt vedlikehold kan oppstå feil som gjør at for eksempel det elektriske anlegg ikke lenger er forskriftsmessig. Den naturlige forståelse av kontraktsbestemmelsene om fraskrivelse av ansvar for skjulte feil, sammenholdt med opplysningene om tilstand og behovet for rehabilitering, må være at selgeren fraskriver seg forpliktelsen etter avhendingsloven § 3-2, annet ledd,...”

”Spesielt synes det å ligge i passusen om at rehabilitering trengs, en tydelig indikasjon om at der kan være feil og mangler av enhver art, også offentligrettslige.”

Rettens konklusjon følger således av en konkret vurdering av avtalesituasjonen, og ikke av den forutsetning at forskriftsmangler normalt slår igjennom slike forbehold.

Kontrakten sammen med andre opplysninger om boligen, gjorde det klart at også § 3-2 (2) var ment og fravikes. Partene hadde benyttet seg av den avtalefrihet de har. Om retten hadde kommet til samme konklusjon hvis boligen fremsto som velholdt synes ikke klart.

Poenget som kan trekkes ut fra denne dommen er at forskriftsmangler skal behandles på lik linje med andre påståtte mangler ved vurderingen i forhold til § 3-9. Det følger av en tolkning av hele avtalesituasjonen, deriblant kjøpers forventning, om § 3-2 (2) er fraveket. Konsekvensen av at den er fraveket, er at mangelen må vurderes som vesentlig etter § 3-9 annet punktum for likevel å bli ansett som en mangel.

Videre bemerkes at kjøkkenskapene som opprinnelig var bygget i strid med brannforskriften, slik at forholdet ikke var resultat av tidens tann, ble ansett som en forskriftsmangel. Denne særstillingen kommer i følge lagmannsretten av at;

”...[kjøperen må] kunne gå ut fra at det er bygget og innredet som en trygg bolig, det vil blant annet si uten at det er gjort brudd på sentrale sikkerhetsforskrifter. Det måtte i tilfelle en klarere fraskrivelse eller situasjon til...”

Dette var fordi slike mangler ikke kunne forventes, selv i et eldre hus. ”Som det er”-forbeholdet fraskrev ikke selgers risiko for disse manglene.

Dommen viser at utgangspunktet må tas i avtalen og kjøpers forventning når en skal avgjøre om § 3-2 (2) er fraveket. Det virker ikke som om det må kreves et spesifikt forbehold, en generell ansvarsfraskrivelse kan være nok.

*Borgarting lagmannsretts dom av 22. november 1999*⁵⁹

Retten konkluderer her med at § 3-2 (2) er fraskrevet gjennom en generell ansvarsfraskrivelse:

”Det er nærliggende å tolke bestemmelsen (les: § 3-9) antitetisk slik at ansvarsfraskrivelsen etter omstendighetene må kunne få virkning i forhold til forskriftsmangel.” (Mitt innskudd)

Om Bergsåkers vurderinger, slik de er gjentatt i de først nevnte dommene, uttaler retten at dette tvilsomt kan gjelde som alminnelig regel. De viser til rettspraksis som går i ulike veier, og juridisk litteratur av adv. Bech og professor Falkanger, hvor Bergsåkers argumentasjon er imøtegått.

Når det gjelder om § 3-2 (2) er fraveket i dette tilfellet, uttaler retten at den ikke er ufravikelig selv om det foreligger forbrukerkjøp. En naturlig tolkning av kontrakten, hvor det heter at kjøper har besiktiget eiendommen og overtar den i samme stand og stilling som ved besiktigelsestidspunktet, altså en generell ansvarsfraskrivelse, fører til at forskriftsmangelsinnsigelsen her er avskåret.

Avgjørelsen viser i enda tydeligere grad enn den foregående at § 3-2 (2) kan fraskrives ved en ”som den er”- klausul.

*Gulating lagmannsretts dom av 20. desember 1999*⁶⁰

Før retten går inn på spørsmålet om det her forelå en lovlighetsmangel uttales det:

”Eiendommen må i dette tilfellet anses solgt ”som den er”, jf kjøpekontraktens pkt 6. Men det er antatt at avhendingsloven § 3-2 (2) må slå igjennom i forhold til et slikt forbehold, se Bergsåker s 236.”

⁵⁹ LB-1999-02211.

⁶⁰ LG-1999-00470.

Selv om det her var snakk om en eldre eiendom (oppført i 1972), kom retten ikke inn på en nærmere vurdering om § 3-2 (2) faktisk måtte anses fraveket. De momenter som ble tatt opp blant annet i Borgarting lagmannsretts avgjørelse av 22. november 1999, gjentas ikke.

RG 2000 s. 765 (Borgarting)

Et 60 år gammelt hus ble kjøpt ”as is”. Kjøperen krevde prisavslag og erstatning på grunn av påståtte mangler, blant annet vannskade og råte. Lagmannsretten går først igjennom innsigelser etter §§ 3-7 og 3-8. Deretter gis det en totalvurdering av om eiendommen er i vesentlig dårligere stand en kjøperen kunne forvente. Kravet om prisavslag og erstatning fører ikke frem på noen av disse grunnlagene. Om lovlighetsmangler bemerkes:

”Når det gjelder de såkalte forskriftsmangler, avhendingsloven § 3-2 (2), er retten av den oppfatning at ikke et hvert bagatellmessig brudd på forskriftene på kontraktstidspunktet kan utgjøre en rettslig relevant mangel. Et visst ”vesentlighetskrav” må gjelde også her, selv om det er uklart om man kan stille samme vesentlighetskrav som etter § 3-9 2. punktum.”

Lagmannsretten trekker inn at det ikke er konkret påvist noe forskriftsbrudd, og at utbedringskostnadene fremstår som relativt beskjedne i forhold til kjøpesummen.

Rettens oppfatning er altså her at forskriftsmangler ikke kunne påberopes når et generelt forbehold er tatt. Særlig synes dette å gjelde hvis forskriftsmangelen er av en mer ubetydelig karakter.

I tillegg bemerkes det at eiendommen her var gammel og hadde blitt brukt som utleieobjekt. Dette ble sammen med observasjoner og opplysninger i takst avgjørende i vesentlighetsvurderingen etter § 3-9 annet ledd. De samme faktorer kunne også ha blitt brukt for å argumentere for at avhl § 3-2 (2) var fraveket.

Det interessante er at retten antyder at vesentlighetskravet kanskje må vurderes noe annerledes når det gjelder slike mangler. Muligheten for en mellomløsning er altså tilstede; forskriftsmangler vurderes etter § 3-9 annet punktum, men det skal mindre til for å tilfredsstille vesentlighetskravet.

RG 2000 s.1063 (Drammen byrett)

Saken gjelder en enebolig bygget i 1988/89. Den tidligere eieren hadde selv foretatt flere ombygninger i eiendommen. Eiendommen ble solgt ”som besiktiget”. Om forholdet til § 3-2 (2) uttalen byretten:

”Saksøkerne har anført at selv om eiendommen er solgt ”som den er” må den være i forskriftsmessig stand...”

”Lovens ordlyd gir etter rettens oppfatning ikke holdepunkter for en slik fortolkning.”

”Retten kan heller ikke finne holdepunkter i forarbeidene for en slik tolkning.”

Det vises til Thor Falkangers betenkning til Norsk Eiendomsmeglerforbund. I tillegg mener retten at reelle hensyn taler mot å innfortolke en slik generell begrensning i ”som det er”- klausuler:

”En selger som gir kjøper de opplysninger han har om eiendommen og for øvrig opptre aktsomt og redelig, synes ikke nærmere til å bære risikoen for at eiendommen ikke i ett og alt oppfyller alle offentligrettslige krav enn kjøper.”

Så lenge selgeren oppfyller kravene i avhl. §§ 3-7 og 3-8, er det ikke rimelig at han skal bære risikoen for mangler etter § 3-2 (2) når det er brukt en ansvarsfraskrivelse.

Avgjørelsen gir uttrykk for at en generell ansvarsfraskrivelse *alene* er nok til fravike § 3-2 (2). Dommen støtter videre opp om det standpunkt at forskriftsmangler skal vurderes etter § 3-9 annet punktum på vanlig måte:

”...også m.h.t. forskriftsmangel må mangelen være vesentlig for at den kan gjøres gjeldende.”

*Frostating lagmannsrett dom av 18. juni 2001*⁶¹

Hovedspørsmålet i denne saken var å avgjøre om en bestemmelse i kjøpekontrakten var å anse som en ”som den er”- klausul etter § 3-9. Det ble besvart bekreftende. Om konsekvensen av dette i forhold til forskriftsmangler uttales det:

”Dersom det skulle eksistere slike mangler vil de som regel slå gjennom overfor ”som han er”- klausul.”

⁶¹ LF-2000-00812.

*Eidsivating lagmannsretts dom av 24. september 2001*⁶²

Retten uttaler her at fravikelse av § 3-2 (2) må skje uttrykkelig. En generell ”som den er”- klausul er ikke tilstrekkelig. En nærmere redegjørelse for dette standpunktet blir ikke gitt. Her var det imidlertid snakk om mangler ved romvolum og rømningsvei. Dette er kanskje mangler en kjøper ikke kan forvente selv om huset eventuelt er gammelt, særlig fordi rommene fremsto som beboelige ved visning.

RG 2001 s. 643 (Borgarting)

Et 70 år gammelt hus ble kjøpt med ”som den er” klausul i kontrakten. Kjøper krevde heving og erstatning, subsidiært prisavslag på grunn av en rekke påståtte mangler, deriblant forskriftsmangler. Retten fant at det var i strid med forskriftene når tre- og listeverk vedrørende pipa flere steder var ført helt frem til pipeveggen. Om forholdet mellom §§ 3-2 (2) og 3-9 uttales det:

”Spørsmålet er imidlertid om disse likevel representerer en mangel fordi såkalte forskriftsmangler etter § 3-2 (2) ikke kan fraskrives med en alminnelig ”som den er” klausul etter § 3-9.”

Lagmannsretten mener dette spørsmålet ikke er uttrykkelig løst i loven. Retten viser videre til Rognlien og Bergsåker. I tilknytting til Bergsåkers generelle uttalelse om at salg ”som den er” ikke innebærer noen begrensning i selgerens ansvar for offentligrettslige krav, kommenterer retten:

”Lagmannsretten er ikke enig i at enhver bagatellmessig forskriftsmangel slår gjennom overfor en generelt formet ansvarsfraskrivelse etter § 3-9 i form av en ”som den er”- klausul.”

Forskriftsmangler skal altså ikke etter rettens mening slå igjennom ”som den er”- klausuler. Når det gjelder hva slags vurdering som skal foretas, fortsetter lagmannsretten:

”Etter lagmannsrettens oppfatning må en her både se hen til arten og omfanget av forskriftsbruddet, husets alder o.a. slik at man i prinsippet vurderer de såkalte forskriftsmangler på samme vis som andre mangler etter § 3-9 siste punktum.”

⁶² LE-2000-00958.

Den konkrete vurderingen fordrer etter rettens konklusjoner en vesentlighetsvurdering i forhold til kjøpers forventning m.m. Bakgrunnen for dette standpunkt er at:

”Dette syn har etter lagmannsrettens oppfatning de beste reelle grunner for seg og kan ikke sees å være i strid med lovtekst, forarbeider eller rettspraksis.”

Retten finner også støtte for dette i en betenkning skrevet av professor Thor Falkanger.

I den konkrete saken fremsto feilene vedrørende pipa som bagatellmessige. De var klart synbare og ingen opplysninger var blitt tilbakeholdt. Resultatet ble at det ikke forelå noen mangel.

Retten mener altså at forskriftsmangler blir fraveket ved generell ansvarsfraskrivelse, og skal vurderes etter vesentlighetsvurderingen i § 3-9 annet punktum. Avgjørelsen er interessant fordi den gir den mest omfattende og selvstendige vurdering av rettskildene sammenlignet med de øvrige dommene.

RG 2001 s. 1113 (Borgarting)

Ved salg av denne boligeiendommen fremsto rom i kjelleretasjen som beboelsesrom, men uten at disse var godkjent som rom for varig opphold på grunn av manglende rømningsveier. Om forholdet til fravikelse av § 3-2 (2) og forholdet til § 3-9 uttaler lagmannsretten:

”Regelen kan fravikes ved avtale, jf. § 1-2 (2). Lagmannsretten antar imidlertid at dette må gjøres utvetydig, for eksempel ved at det sies uttrykkelig at selgeren ikke svarer for at offentligrettslige krav er oppfylt, og at en generell ”as is” –klausul ikke er tilstrekkelig, slik også Bergsåker (2000) side 230-231. Lagmannsretten mener derfor at § 3-2 (2) i dette tilfellet må slå igjennom i forhold til ansvarsfraskrivelsen i kjøpekontraktens punkt 6.5.”

Utviklingen slik den fremstår i dommene som er gjennomgått ovenfor blir her ikke fortsatt. Retten begrunner sitt standpunkt med at fravikelse fra § 3-2 (2) må gjøres ”utvetydig” og støtter seg til Bergsåker. Avgjørelsen gjelder imidlertid et nyere hus, oppført i 1984, samt at de manglene det her var snakk om, at rommet ikke tilfredstilte krav til beboelsesrom, ikke er noe som kjøperen kan forvente. Særlig siden disse vil fremstå som beboelsesrom ved en besiktigelse. Annerledes stiller det seg kanskje for offentligrettslige krav om sikkerhetsreguleringer eller krav som kan bli utsatt for slitasje

og elde, fordi kjøper her kanskje kan forvente at nye krav ikke er fulgt opp eller at vedlikeholdet ikke har vært det beste.

*Eidsivating lagmannsretts dom av 29. oktober 2002*⁶³

Dette er den nyeste dommen som foreligger på området. Saken gjaldt et selvbygget garasjetak hvor kjøper krevde prisavslag som følge av at det ikke tilfredsstilte bæreevnen for snø. Retten foretar først en tolkning av den aktuelle byggforskrift. De konkluderer med at forskriften ikke stiller absolutte krav til bæreevnen, snarere et funksjonskrav. Retten kommer til at kjøperen her ikke har sannsynliggjort at funksjonskravet er brutt. Likevel kommer retten med noen generelle bemerkninger om forholdet til ”som den er” klausuler.

Utgangspunktet må tas i kjøpers forventning til kjøpsgjenstanden. Normalt vil kjøper kunne forvente at eiendommen er i forskriftsmessig stand:

”Likevel kan ikke enhver bagatellmessig forskriftsmangel slå igjennom overfor en generelt utformet ansvarsfraskrivelse, jf. også Borgarting lagmannsretts dom av 31. oktober 2000 (RG 2001 643).”

”Når det spesielt gjelder forskrifter som bare angir funksjonskrav, og det er synbart for kjøper at funksjonene ikke er tilfredsstillende, kan ikke forskriftsmangelen stå i noen annen rettslig stilling enn selve den fysiske mangel. Kjøperen vil da ikke kunne ha noen begrunnet forventning om at angjeldende forskriftskrav er oppfylt.”

Forskriftsmangler skal etter rettens vurdering ikke slå igjennom ovenfor en ”som den er”- klausul. Utgangspunktet må tas i kjøpers forventning.

3.2.3.3.2 Oppsummering av rettspraksis

Gjennomgangen ovenfor viser at 7 av avgjørelsene gir uttrykk for at § 3-2 (2) ikke fraskrives med en ”som den er”- klausul, mens like mange avgjørelser etter en nærmere vurdering kommer til det motsatte resultat. Forskjellene finnes i hele perioden, selv om det særlig i de tidligste dommene var en tendens til å legge til grunn at § 3-2 (2) normalt slår igjennom ”som den er”- forbehold. Rettspraksis avgjør derfor ikke klart hvordan problemstillingen skal løses.

⁶³ LE-2002-00362.

En tendens synes å være en oppmyking av hva som skal til for å fraskrive ansvar etter § 3-2 (2). De nyeste dommene peker samlet i den retning at en generell ansvarsfraskrivelse kan være nok til å fravike § 3-2 (2), dog med visse unntak. Særlig gjelder dette hvor kjøpers forventning burde kunne tilsi at visse mangler kunne finnes på eiendommen.

Når en ser på kvaliteten av drøftelsene inntatt i de forskjellige dommene, er det iøynefallende at hvor retten foretar en gjennomgang av flere rettskilder blir konklusjonene at § 3-2 (2) ikke skal ha noen særposisjon. I de avgjørelser hvor retten kommer til at § 3-2 (2) slår igjennom ovenfor en ”som den er”- klausul, er drøftelsene gjennomgående kortere og mindre utfyllende. Det betyr selvsagt ikke at retten ikke kan ha vært oppmerksom på øvrige rettskilder, men det bemerkes likevel som en tendens.

I tillegg bemerkes at kjøperens forventning synes å spille en stor rolle på dette området. Hvor kjøperen ikke kan forvente å finne forskriftsmangler, for eksempel fordi kjellerstua faktisk fremsto som et beboelsesrom, synes forskriftsmangelsbestemmelsen å slå igjennom ansvarsfraskrivelser. Hvor derimot kjøper har, eller burde ha, forventet at det kunne finnes forskriftsmangler, synes et ”som det er”- forbehold å være nok til å fraskrive selgeren ansvaret for slike krav.

Videre gir noen av avgjørelsene, se særlig RG 2000 s. 1063, uttrykk for at en generell ansvarsfraskrivelse uansett andre faktorer vil være nok til å fravike § 3-2 (2). Uttalelser i øvrige dommer kan også støtte opp om et slik resultat, selv om også andre faktorer der synes å være av betydning.

Samlet synes rettspraksis etter min vurdering å trekke i retning av det slutningsresultat at § 3-2 (2) kan fravikes gjennom en ”som den er”- klausul. Iallfall hvor dette støttes av kjøpers forventning.

I tillegg til den rettspraksis som er gjennomgått ovenfor, finnes det en Høyesterettsdom, Rt 1994 s. 1089, som diskuterer forholdet mellom en ”as is”- klausul og forskriftskrav etter arbeidsmiljøloven. Bakgrunnen for tvisten var kjøp av en brukt hjullaster som viste seg å være mangelfull. Et av spørsmålene Høyesterett fikk fremlagt var forholdet mellom en bestemmelse i Maskingrossistenes Forenings salgsbetingelser om at brukte

maskiner ”selges i den stand de befinner seg”, og arbeidsmiljølovens § 17 med tilhørende forskrifter. Arbeidsmiljøloven § 17 nr. 1 krever at den som selger utstyr som skal brukes i virksomhet som går inn under loven, før utstyret leveres, skal sørge for at det er konstruert og forsynt med verneinnredninger i samsvar med lovens krav. Konstruksjonskravene går frem av lovens § 9 og forskrifter fastsatt i medhold av §§ 9 og 17. Den legger altså offentligrettslige plikter på selgeren. Retten løste tvisten på annet grunnlag, men bemerker likevel om denne problemstillingen at:

”Det vil her som ellers bero på en tolkning av den enkelte avtale i lys av de generelle kjøpsrettslige regler, hvilken betydning en slik klausul skal ha for den kontraktsmessige vurdering av det leverte. Arbeidsmiljøloven § 17 kan ikke i seg selv føre til at en ”as is”-klausul blir ugyldig mellom partene.”

Høyesterett bemerker at offentligrettslige krav har fått en større betydning for om varen er kontraktsmessig, og viser her til kjøpslovens tidligere bestemmelse i 17(3). Så lenge de kommer til at varen tilfredsstiller vilkårene i kontrakten, kan ikke kjøperen likevel gjøre gjeldende noen krav etter arbeidsmiljøloven § 17 nr.1. Det er altså kontrakten, inklusive ansvarsfraskrivelsen som er avgjørende.

Selv om denne avgjørelsen ikke direkte tar stilling til forholdet mellom avhl. § 3-2 (2) og § 3-9, kan den likevel gi en indikasjon på hvordan Høyesterett kan komme til å resonnerer hvis de skal ta stilling til denne problemstillingen. De forbrukerhensyn som gjør seg gjeldende på avhendingslovens område kan imidlertid føre til et annet resultat.

3.2.3.4 Forsikringsskadenemndas praksis

Forsikringsskadenemnda (FSN) gir uttalelser vedrørende forståelsen av forsikringsvilkår og lovgivning i forbindelse med konkrete saker. Ved behandlingen i nemnda deltar medlemmer oppnevnt av Finansnæringens Hovedorganisasjon (FNH), Forbrukerrådet (FR) eller Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO), samt en nøytral formann. Ulike ”sett” av medlemmer deltar fra selskapssiden i henholdsvis skade- og personsaker og fra forsikringstakersiden i henholdsvis forbruker- og næringssaker. Nemnduttalelsene er rådgivende, men følges som hovedregel av selskapene. Uttalelsene kan overprøves av domstolene.

Nemndas uttalelser viser at dens standpunkt er at ”as is” holder som fraskrivelse etter avhl. § 3-2 (2).

I Forsikringsskadenemndas uttalelse av 4. desember 2000⁶⁴ måtte nemnda ta stilling til om forskriftsmangelen, feil ved det elektriske anlegget, kunne gjøres gjeldende uavhengig av vesentlighetskravet i § 3-9. Flertallet på tre kom til at en slik forståelse vanskelig kunne forenes med lovteksten. Selv om det var uenighet i teorien og reelle grunner for den motsatte konklusjon, kom de til at slike grunner ikke var sterke nok hvor selgeren også var forbruker, og hvor ”som den er”- klausuler har reell betydning i avveiningen mellom kjøpers undersøkelsesplikt og selgers opplysningsplikt.

Også i uttalelsen i nemndas neste sak samme dag⁶⁵, kom Forsikringsskadenemnda, nå enstemmig, til samme konklusjon. Avhl. § 3-2 (2) gjelder ikke uavhengig av vesentlighetskravet i § 3-9.

Selv om de slutninger som kan trekkes av denne praksisen ikke vil gis avgjørende vekt i en konklusjon, er det på det rene at uttalelsene støtter opp om det standpunkt at forskriftsmangler skal behandles på lik linje med øvrige mangler etter avhl. § 3-9.

3.2.3.5 Reelle hensyn

Regelen i § 3-9 gir selger en anledning til å overføre noe av mangelsrisikoen til kjøper. Motsetningsvis gir § 3-2 (2) uttrykk for at risikoen for forskriftsmangler ligger hos selgeren. Ved å benytte seg av avtalefriheten loven åpner for, kan partene bli enige om den risikofordeling som passer for dem, uten at kjøper blir fratatt alle innsigelser. I en mangelsituasjon vil det virke urimelig om kjøper eller selger alene må bære risikoen for alle mangler som måtte dukke opp. Det rimelige er at risikoen fordeles. Det kan hevdes at det er nettopp dette lovgiver har villet gjøre ved vedtagelsen av § 3-9. Kjøper er her gitt rettigheter som alltid vil kunne påberopes, samtidig som selger har anledning til avtale seg bort fra noe av det ansvaret han ellers ville ha hatt.

⁶⁴ Publisert: FSN-3654.

⁶⁵ Publisert: FNS-3655.

Det kan videre hevdes at vesentlighetskravet i § 3-9 annet punktum gir uttrykk for en likevektsvurdering, altså hva kjøper normalt kan forvente ved kjøp til slik pris. Kjøpesummen reflekterer standarden. På bakgrunn av pris og den avtalte ansvarsfraskrivelsen bør kjøper ha blitt gjort tilstrekkelig oppmerksom på at eiendommen ikke nødvendigvis oppfyller de offentligrettslige krav. Det rimelige er da at kun vesentlige mangler erstattes. Kjøper trenger derfor ikke beskyttelse ut over det § 3-9 selv gir. I dagens opphetede eiendomsmarked synes ikke forutsetningen om at pris og standard normalt utgjør en likevekt, å slå til. En høy kjøpesum betyr ikke nødvendigvis at eiendommen er i god stand. Særlig beliggenhet og etterspørsel vil være med på å gjøre prisene på eiendommer høyere enn standarden kunne tilsi. Denne markedssituasjonen kan begrunne et krav om at ”som den er”- klausuler ikke skal ha stor gjennomslagskraft. Dette kan det imidlertid også tas hensyn til i vesentlighetsvurderingen etter § 3-9.

Avhendingsloven § 3-2 (2) gir kjøper en klar rettighet på selgers bekostning. Dette, sammen med sikkerhetsrisikoen ved at visse offentligrettslige krav ikke er tilfredsstilt, kan begrunne at det skal noe mer til enn et ”som den er”- forbehold for å fravike § 3-2 (2). Imidlertid vil ikke alle offentligrettslige krav rette seg mot sikkerhetskrav.

Videre er det på det rene at selger gjennom spesifikke ansvarsfraskrivelser kan overføre risikoen for mangler til kjøperen. Spørsmålet er om selgeren da har behov for å bruke ”som den er”- klausuler. Så lenge selger har konkrete opplysninger eller mistanker om at det elektriske anlegget ikke er i samsvar med forskriftene, bør han fraskrive risikoen for dette spesifikt. Da kan kjøper justere sitt bud deretter. Brukes det kun en generell ansvarsfraskrivelse vil det være vanskeligere for kjøperne å vurdere verdien av eiendommen. Motsatt kan selgeren ha legitime grunner til å bruke ”som den er”- fraskrivelser. For eksempel hvis eiendommen er gammel, det er ukjent av hvem og hvordan den ble oppført eller hvis selgeren ikke har bodd lenge på eiendommen osv.

3.2.3.6 Juridisk teori

Som antydnet ovenfor er det i juridisk teori en diskusjon om hvordan problemstillingen skal løses. I det følgende vil denne diskusjonen og relevante argumenter kort bli skissert.

Bergsåker fremhever i sin bok "Kjøp av fast eiendom" (2000) side 147 og 247, at det:

"Normalt må det imidlertid være riktig å la § 3-2 (2) slå igjennom overfor et generelt "som den er"- forbehold e.l."

Synspunktet er gjentatt i en artikkel i Juristkontakt.⁶⁶ Forfatteren skriver imidlertid på side 248⁶⁷, at vurderingen kan bli annerledes hvor salgsdokumentasjonen eller andre opplysninger medfører at kjøper ikke kan forvente at eiendommen oppfyller alle de offentligrettslige krav. En vurdering i denne retning følger av RG 1999 s. 1341, gjengitt ovenfor. Disse uttalelsene viser at det kanskje ikke er så stor uenighet i teorien som det kan se ut til.

Bergsåkers standpunkt slik det er sitert ovenfor er tillagt stor betydning i rettspraksis. Den nyansering som også fremgår av hans fremstillingen er imidlertid ikke viet like mye oppmerksomhet hverken i domsavgjørelser eller i annen juridisk teori.

Professor dr. juris Kåre Lilleholt gir i sin artikkel, "*Medan vi ventar på Høgsterett – merknader om avhendingslova*"⁶⁸, et noe annerledes utgangspunkt for problemstillingen. Han understreker at alle brukte hus, vanligvis vil ha visse feil. Dette kan kjøper forvente. Han mener at vurderingen "vanlig god vare" etter § 3-2 (1) og "som den er" etter § 3-9 i prinsippet er den samme. Det er kjøpers forventninger som er det sentrale:

"...regelen om offentligrettslege krav ikkje fører til stort andre resultat enn den allmenne fastlegginga av kva kjøparen har grunn til å vente"

Poenget er at forskriftsmangler skal vurderes på lik linje med øvrige mangler, og derfor ikke har noen særskilt gjennomslagskraft overfor "som den er"- forbehold.

I en artikkel fra 1999 argumenterer advokat Stig L. Bech for at offentligrettslige feil må vurderes på samme vis som andre påberopte mangler i henhold til §3-9 annet

⁶⁶ Juristkontakt Årg. 33 nr. 5 (1999) side 4-10.

⁶⁷ Bergsåker, Trygve. *Kjøp av fast eiendom med kommentarer til avhendingsloven*. 3. utg. Oslo 2000.

⁶⁸ Juristkontakt Årg. 33 nr. 7 (1999) side 18-19.

punktum⁶⁹. Han mener å finne støtte for dette standpunktet i ordlyden til § 3-9, samt i rettspraksis.

Professor dr. juris Thor Falkanger har også i et notat til Norges Eiendomsmeglerforbund 25. januar 1999, drøftet forholdet mellom avhl §§ 3-9 og § 3-2 (2). Han gjennomgår ulike rettskilder og konkluderer med at det ikke er holdepunkter for at selger skal ha risikoen for forskriftsmangler hvor han har tatt ”som den er”- forbehold. Dette blir annerledes hvor mangelen må karakteriseres som vesentlig etter vurderingen i § 3-9 annet punktum.

I sin bok om kontraktsrett, uttaler Jo Hov at når en ting er solgt ”som den er”, kan kjøperen antakelig ikke gjøre gjeldende at salgsgjenstanden ikke tilfredsstiller offentligrettslige sikkerhetskrav. Han viser i petit til avgjørelsene inntatt i Rt 1994 s. 1089 og RG 1999 s. 1341⁷⁰.

Gjennomgangen har vist at det er noe uenighet i teorien. Det kan ikke utledes en samlet slutning. Vekten av teorien blir derfor ikke overbevisende. Oppgavens oppsummering og konklusjon vil fortrinnsvis bygge på de øvrige rettskildefaktorene. Det interessante med teori i forhold til denne oppgaven er at særlig Bergsåkers vurderinger, og særlig den siterte setningen om at forskriftsmangler normalt slår igjennom ”som den er”- forbehold, er blitt tillagt betydelig vekt i rettspraksis. Det er derfor viktig å fremheve at det nå finnes flere fremstillinger på området. Senere rettspraksis har også vist til annen teori.

Det er tidligere skrevet studentavhandlinger om emnet. Jeg nevner her Lene Høyvang Avhendingsloven § 3-9, 2 punktum med hovedvekt på rettspraksis. Spørsmålet om prosentberegning som metode, og bestemmelsens forhold til § 3-2 (2), (Høst 2000) og Edvard Brækkes særavhandling Forholdet mellom avhendingslovens §§ 3-9 og 3-2 (2), (Høst 1998).

3.2.4 Oppsummering og konklusjon

Gjennomgangen har vist at rettskildene ikke gir et entydig svar på hvordan problemstillingen skal løses.

⁶⁹ Juristkontakt Årg 33 nr.6 (1999) side 14-15.

⁷⁰ Jf. Hov, Jo. *Avtalebrudd og partsskifte. Kontraktsrett II*. 2.utg Bergen 2002 side 117 til 118.

Fravikelse av § 3-2 (2) ved et generelt forbehold, kan etter min mening støttes på lovens ordlyd, uttalelser i forarbeidene, praksis og reelle hensyn. Mothensynene er særlig at forarbeidene i særbemerkningene til § 3-2 (2) krever klart forbehold, og de domsavgjørelser som uttaler at forskriftsmangler normalt slår igjennom ovenfor ”som den er”- forbehold. Slik praksis har utviklet seg, har en imidlertid sett en klar oppmykning i forholdet til hvordan fravikelsen av § 3-2 (2) skal skje.

Problemstillingen, slik den er formulert ovenfor, spurte om en generell ansvarsfraskrivelse er nok til å fravike § 3-2 (2). Et bekreftende svar på dette støttes av noen rettskildefaktorer, særlig § 3-9s ordlyd og enkelte domsavgjørelser. De forhold som gjør at en sannsynligvis må kreve noe mer enn en ”som den er”- klausul, er at flere av de avgjørelsene hvor det uttales klart at forskriftsmangler fraskrives ved generell ansvarsfraskrivelse, omhandler eldre eiendommer hvor slike mangler kan forventes, eller kjøperen er gitt øvrige opplysninger som tyder på at eiendommen ikke er i perfekt standard.

Helt klart synes det av rettskildebildet at en ikke kan kreve et ”klårt” eller utvetydig forbehold, altså et spesifisert forbehold, for å fravike § 3-2 (2). Et ”som den er”- forbehold som støttes av øvrige faktorer, som at huset er gammelt eller lignende, er nok til å anse § 3-2 (2) fraveket.

Poenget er at § 3-2 (2) blir behandlet som andre mangler etter avhl. kap 3. Forarbeidene viste at disse kunne fravikes ved ”som den er”- klausuler, men at det ikke var noen automatikk. Dette må også gjelde for § 3-2 (2). Den sikre konklusjonen fra gjennomgangen blir dermed at avhl. § 3-2 (2) skal behandles som øvrige mangler, og en nærmere vurdering av forbeholdet og forholdende på avtaletiden vil avgjøre om bestemmelsen er fraveket. Det skal verken mer eller mindre til for å fravike denne bestemmelsen enn øvrige mangelsbestemmelser. Den har ikke en særstilling, og det kan ikke på bakgrunn av rettskildebildet, slik det fremstår i dag, hevdes at den normalt vil slå igjennom ovenfor en generell ansvarsfraskrivelse. Konklusjonen blir at § 3-2 (2) fravikes ved en ”som den er”- klausul hvor dette, for eksempel, støttes av kjøpers forventning.

I RG 2000 s. 1063, som gjaldt en eiendom fra 1988/89, sier retten imidlertid helt klart at forskriftsmangler skal vurderes etter vesentlighetsvurderingen i § 3-9 annet punktum. Altså at en ”som den er”- klausul *alene* er nok til å fravike § 3-2(2) uansett hvordan eiendommen ellers fremstår. Det samme følger av Borgarting lagmannsretts avgjørelse 22.november 1999⁷¹. Jeg mener at noen av de øvrige rettskildefaktorene kan støtte opp om et slikt resultat og at dette kanskje vil være det beste retts tekniske resultatet. Denne konklusjonen synes imidlertid ikke like sterk de lege lata som den gitt ovenfor. Etter min mening kan særmomenter, som boligens alder, viktige sikkerhetsbestemmelser og kjøperens forventning, tas hensyn til i den helhetvurdering som foretas under § 3-9 annet punktum. Vesentlighetskravet må være oppfylt i forhold til den konkrete eiendom. Hva som skal til for å oppfylle kravet vil derfor variere i det enkelte tilfelle.

Det har blitt fremhevet i teorien at det synes å ha gått inflasjon i å bruke generelle ansvarsfraskrivelser. De brukes ikke bare hvor eiendommen er gammel eller det er annet som tilsier at den kan ha skjulte feil. Den vurdering som synes å bli foretrukket i rettspraksis kan imidlertid ta hensyn til dette. Er det brukt en ”som den er”- klausul for en nyere og velstelt eiendom skal det sannsynligvis mer til for at § 3-2 (2) skal anses fraskrevet.

3.3 Kjøpers undersøkelsesplikt etter avhl. § 3-10.

Kjøpers adgang til å påberope seg mangler er modifisert av reglene om undersøkelsesplikt. Kjøper har som utgangspunkt ingen plikt til å undersøke eiendommen på forhånd, men gjøres dette kan han ikke påberope de mangler han oppdaget eller burde ha oppdaget⁷². Avhl. § 3-10 (1) og (2) første punktum lyder:

- ”(1) Kjøparen kan ikkje gjere gjeldande som mangel noko kjøparen kjente eller måtte kjenne til då avtala vart inngått.
- (2) Har kjøparen før avtala vart inngått undersøkt eigedomen eller utan rimeleg grunn late vere å følgje ei oppmoding frå seljaren om undersøking, kan kjøparen heller ikkje gjere gjeldande som mangel noko kjøparen burde vorte kjent med ved undersøkinga.”

⁷¹ LB-1999-02211.

⁷² Jf. Hov, Jo. *Avtalebrudd og partsskifte. Kontraktsrett II*. 2.utg Bergen 2002 side 118.

Det skal her kort redegjøres for forholdet mellom denne undersøkelsesplikten og forskriftsmangler etter § 3-2 (2). Spørsmålet er om rettigheten kjøperen er gitt i § 3-2 (2) første punktum svekker hans undersøkelsesplikt etter § 3-10.

I Ot. prp. nr. 66 side 80, følger det at undersøkelsesplikten etter § 3-10 også gjelder for lovlighetsmangler. Det samme følger av Hålogaland lagmannsretts avgjørelse av 20. mars 2000⁷³. Her var baderomsgulvet i strid med byggforskriften. I tillegg syntes røykrøret til badstuovnen å være i strid med brannforskriften. Kjøperen kunne imidlertid ikke påberope seg § 3-2 (2) i det sprekke på baderomsgulvet var åpenbare. Retten uttaler:

”§ 3-10 første ledd gå[r] foran § 3-2 annet ledd, idet kjøperne ble gjort oppmerksom på at ovnen burde skiftes ut.”

Plikten etter § 3-10 er altså ikke svekket selv om det gjelder forskriftsmangler etter § 3-2 (2). Den vil gjelde som vanlig. Det kan imidlertid ikke etter avhendingsloven kreves at kjøperen foretar særlige undersøkelser for å eventuelt avdekke forskriftsmangler⁷⁴, de mangler som derimot er åpenbare for kjøper med vanlig gjennomgang kan han ikke påberope seg. Det er den faktiske undersøkelsen som har funnet sted som skal legges til grunn for hva kjøperen kjente, eller burde kjenne til om eiendommens beskaffenhet⁷⁵.

Lovens øvrige bestemmelser i avhl. kap. 3 byr ikke på særlige problemer i forhold til § 3-2 (2), jeg kommer derfor ikke nærmere inn på disse.

⁷³ LH-1999-00532.

⁷⁴ Jf. Gulating lagmannsretts avgjørelse av 16. januar 2002, publisert: LG-2001-00289.

⁷⁵ Jf. Agder lagmannsretts avgjørelse av 1. november 1996, publisert: LA-1996-00085.

4 Hovedfunnene i oppgaven – oppsummering

Ved første øyekast ser § 3-2 (2) ut som en uproblematisk bestemmelse. Gjennomgangen ovenfor har derimot vist at oppgavens to hovedproblemstillinger ikke byr på enkle løsninger.

Drøftelsen av rettskildene, de *lega lata*, har imidlertid gitt noenlunde klare svar på de to problemstillingene. Unntaksregelen i avhl. § 3-2 (2) annet punktum kan, etter min vurdering av rettskildesituasjonen, ikke føre til at hovedregelen i første punktum kun kan brukes ved salg fra profesjonell selger. I forholdet til ”som den er”-forbehold, kom jeg til at de någjeldende rettskildene viser at § 3-2 (2) ikke står i en særposisjon i forhold til generelle ansvarsfraskrivelser. En slik ansvarsfraskrivelse, sammen med andre tolkningsmomenter, er nok til anse § 3-2 (2) som fraveket. En kan ikke alltid kreve en spesifikk ansvarsfraskrivelse.

Gjennom blant annet media fremkommer det at flere kjøpere enn før klager på eiendommen sin⁷⁶. Avhendingsloven har nok gjort det mer klart for kjøpere at de har rettigheter. Noen kjøpere virker imidlertid å ha urealistiske forventninger om hvilke rettigheter de har, og er ikke flinke til å ta ansvaret for å ha gjort et dårlig kjøp. De problemstillinger som er blitt drøftet i denne oppgaven, særlig om forholdet til § 3-9, vil spille en viktig rolle i hvilke rettigheter kjøper og selger har, og hvordan risikoen fordeles dem imellom. Det er derfor ønskelig at lovgiver eller Høyesterett kommer med en avklaring på området.

⁷⁶ Jf f.eks. Aftenpostens artikkel gjengitt på: www.aftenposten.no/eiendom/article.jhtml?articleID=497970

5 Litteraturliste

Bøker

Bergsåker, Trygve. *Kjøp av fast eiendom med kommentarer til avhendingsloven*. 3. utg. Oslo 2000. ISBN 82-99-3597-4-0

Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*. 5.utg. ved Jan Helgesen. Oslo 2001. ISBN 82-518-3988-2

Hov, Jo. *Avtalebrudd og partsskifte. Kontraktsrett II*. 2.utg. Bergen 2002 ISBN 82-91060-13-4

Rognlien, Stein. *Avhendingslova. Kommentarer til lov om avhending (kjøp og salg) av fast eiendom*. Oslo 1998. ISBN 82-417-0916-1

Woxholth, Geir. *Avtaleinngåelse, ugyldighet og tolkning*. 4. utg. 2. oppl. Oslo 2002. ISBN 82-05-28747-3

Artikler i tidsskrifter, årbøker , samleverk

Bech, Stig L. *Eierskifteforsikring og forholdet til avhendingsloven*. Trygve Bergsåkers artikkel i *Juristkontakt* 5/99. I: *Juristkontakt* Årg.33 nr.6 (1999), s. 14-15.

Bergsåker, Trygve. *Avhendingsloven*. I: *Juristkontakt* Årg. 33 nr. 5 (1999), s. 4-10.

Bergsåker, Trygve. *Kommentarer til Lilleholt og Bech*. I: *Juristkontakt* Årg. 33 nr. 7 (1999), s.20-21.

Bergsåker, Trygve. *Selgerens ansvar for offentligrettslige krav*. I: *Juristkontakt* Årg. 34 nr. 9/10 (2000), s. 32-33.

Falkanger, Thor. *Ad forholdet mellom avhendingsloven §§ 3-9 og § 3-2*. I: Notat til Norges eiendomsmeglerforbund av 25. januar 1999.

Lilleholt, Kåre. *Medan vi ventar på Høgsterett – merknader om avhendingslova*. I: *Juristkontakt* Årg. 33 nr. 7 (1999), s. 18-19.

Tennøe, Jan. *Mangler ved fast eiendom – Bergsåkers uholdbare standpunkter*. I: *Juristkontakt* Årg. 35 nr.1 (2001), s. 32-35. (oppgitt som Tennoe i artikkelen)

Zimmer, Gøril Asmussen. *Kommer avhendingsloven § 3-2 (2) første punktum til anvendelse ved salg mellom privatpersoner?* I: Juristkontakt Årg. 34 nr. 8 (2000), s. 18-22.

Forarbeider

Ot.prp.nr. 80 (1986-1987) Kjøpsloven.

NOU 1979: 48 Avhending av fast eidegom

Ot.prp.nr. 66 (1990-1991) Om lov om avhending av fast eidegom (avhendingslova).

Innst.O.nr. 71 (1991-1992) Innstilling fra justiskomiteen om lov om avhendelse av fast eidegom (avhendelseslova).

Ot.prp.nr. 44 (2001-2002) Om lov om forbrukerkjøp.

Publiserte dommer

Rt 1991 s. 74

Rt 1994 s. 108

Rt 2001 s. 369

RG 1997 s. 358 Hålogaland

RG 1997 s. 1293 Agder

RG 1998 s. 155 Borgarting

RG 1999 s. 366 Eidsivating

RG 1999 s. 1341 Gulating

RG 2000 s. 643 Borgarting

RG 2000 s. 765 Borgarting

RG 2000 s. 1063 Drammen byrett

RG 2001 s. 1113 Borgarting

Upubliserte dommer

Høyesterett:

HR-2002-00716[Lovdata online]. Høyesterett avgjørelse av 14. november 2002

Lagmannsrettene:

LA-1996-00085[Lovdata online]. Agder lagmannsrett – Dom 1996-11-01

LB-1996-01187[Lovdata online]. Borgarting lagmannsrett – Dom. 1997-09-18

LA-1996-01433[Lovdata online]. Agder lagmannsrett – Dom. 1997-08-15
LB-1997-01070[Lovdata online]. Borgarting lagmannsrett – Dom 1998-03-27
LB-1998-01887[Lovdata online]. Borgarting lagmannsrett – Dom. 1999-10-25
LB-1999-02211[Lovdata online]. Borgarting lagmannsrett – Dom 1999-11-22
LG-1999-00447[Lovdata online]. Gulating lagmannsrett – Dom.1999-01-18
LG-1999-00470[Lovdata online]. Gulating lagmannsrett – Dom 1999-12-20
LH-1999-00532[Lovdata online]. Hålogaland lagmannsrett – Dom. 2000-03-20
LA-1999-01379[Lovdata online]. Agder lagmannsrett – Dom. 2000-06-28
LH-2000-00148[Lovdata online]. Hålogaland lagmannsrett – Dom. 2000-10-03
LF-2000-00812[Lovdata online]. Frostating lagmannsrett – Dom 2001-06-18
LE-2000-00985[Lovdata online]. Eidsivating lagmannsrett – Dom. 2001-09-24
LG-2001-00289[Lovdata online] Gulating lagmannsrett – Dom 2001-01-16
LB-2001-01616[Lovdata online]. Borgarting lagmannsrett – Dom. 2002-02-04
LE-2002-00362[Lovdata online]. Eidsivating lagmannsrett – Dom. 2002-10-29

Tingrettene(tidligere herreds-/byrett)

Trondheim byrett 22. april 1998 (98-00185 A)

Forsikringsskadenemndas uttalelser

FSN-3654, uttalelse av 4. desember 2000

FSN-3655, uttalelse av 4. desember 2000

Elektroniske kilder

Karnov lovkommentar.

Lovdata.

Utenlandske rettskilder

Hjortnæs, Lars. *Lov om forbrukerbeskyttelse ved erhvervelse af fast ejendom m.v. med kommentarer.* (Jurist og -Økonomforbundets Forlag) København Danmark 1997.

ISBN 87-574-7660-8

EU/ Forbrukerkjøpsdirektivet: Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees.

Avisartikler

www.aftenposten.no/eiendom/article.jhtml?article ID=497970

